

**UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID  
INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS «BARTOLOME DE LAS CASAS»  
Doctorado en Derechos Fundamentales**

**EL PRINCIPIO DISCURSIVO Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES:  
MECANISMOS DE CONSTRUCCIÓN DE DEMOCRACIA  
CONSTITUCIONAL DELIBERATIVA.  
UNA APROXIMACIÓN DESDE LA TEORÍA HABERMASIANA.**

**TESIS PARA OPTAR AL TÍTULO DE DOCTOR  
EN DERECHOS FUNDAMENTALES  
UNIVERSIDAD CARLOS III**

**POR: GERARDO DURANGO ÁLVAREZ**

**DIRECTOR DE TESIS**

**DR. CARLOS THIEBAUT LOUIS-ANDRÉ.**

**Septiembre de 2005.**

**A mi pequeña María  
del Mar, que me hizo  
comprender la infinitud  
del todo. A Janeth por  
su cariño y esmero.**

**Cuánto más arbitraria sea la intervención del  
legislador y los grupos de poder en la violación  
de los derechos fundamentales, tanto mayor  
han de ser los mecanismos de protección  
de los Tribunales Constitucionales, de un  
lado, y de otro, la participación activa  
de los ciudadanos.**

**G. D**

## TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCION.....	7
CAPITULO I.....	24
RELACIÓN ENTRE EL PRINCIPIO DISCURSIVO Y EL DERECHO: UNA APROXIMACIÓN A LA COMUNIDAD ARGUMENTATIVA-CONSTRUCTIVA DE LAS NORMAS DE DERECHO.....	24
1. Introducción.....	24
2. El principio discursivo, algunas acotaciones previas.....	24
3. Algunas críticas a la propuesta habermasiana del principio discursivo (McCarthy, Wellmer, Benhabib) .....	46
4. La acción comunicativa como soporte fundamental de derecho: de <i>Teoría de la acción comunicativa</i> a <i>Facticidad y Validez</i> .....	66
5. Validez y legitimidad discursiva de los derechos fundamentales, una mirada desde la autonomía público/privado.....	79
6. Del Estado de derecho al paradigma discursivo del derecho.....	87
CAPÍTULO II .....	106
LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO PRETENSIONES DE GARANTÍA Y EL PRINCIPIO DISCURSIVO.....	105
1. La categoría de los derechos .....	112

Excursus A). El derecho a la participación política y su idea de democracia cosmopolita en Habermas.....	<b>120</b>
Excursus B). Algunas acotaciones sobre la inmigración .....	<b>125</b>
Excursus C). Sobre los derechos colectivos: la discusión con Charles Taylor.....	<b>136</b>

### CAPITULO III .....**154**

#### DEMOCRACIA Y ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO: RELACIÓN “TENSIONAL” ENTRE EL JUEZ Y EL LEGISLADOR -

DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL-.....	<b>154</b>
1. Tribunal constitucional y deliberación pública. Una mirada desde el "dualismo" de B. Ackerman .....	<b>159</b>
2. Discurso de fundamentación y aplicación de normas: K. Günther, R. Dworkin y R. Alexy.....	<b>168</b>
A) El discurso de aplicación de K. Günther .....	<b>168</b>
B) El planteamiento de R. Dworkin .....	<b>172</b>
C) La pretensión de corrección de R. Alexy .....	<b>179</b>
3. Habermas y su planteamiento sobre el principio de adecuación: mecanismo de protección de los derechos.....	<b>188</b>
A) Relación "tensional" entre el legislador, el juez y la participación ciudadana en la esfera pública. Referente dinámico de la “Democracia Constitucional deliberativa”.....	<b>204</b>
B) Construcción de la norma, aplicación y su relación con la “democracia constitucional deliberativa” .....	<b>210</b>

### CAPITULO IV.....**218**

DE LA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA A LA DEMOCRACIA DELIBERATIVA, UNA APROXIMACION A LA TEORIA DE J. HABERMAS.....	<b>218</b>
1. Algunas consideraciones críticas a la democracia representativa.....	<b>220</b>
A) Democracia deliberativa y espacio público en Habermas.....	<b>232</b>
B) Concepción de la democracia deliberativa en Carlos Santiago Nino.....	<b>253</b>
C) Breves notas sobre el equilibrio reflexivo y el pluralismo razonable en la teoría rawlsiana. Aproximación a la concepción de democracia deliberativa y a los derechos fundamentales.....	<b>257</b>
2. Aportes de los procedimientos de deliberación pública y los derechos fundamentales a la democracia representativa .....	<b>264</b>
 CAPÍTULO V.....	<b>279</b>
 MECANISMOS DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN LA CONSTITUCIÓN COLOMBIANA DEL 91: ¿POSIBILIDADES DE APROXIMACIÓN A LA TEORÍA COMUNICATIVA HABERMASIANA.....	<b>279</b>
1. Introducción.....	<b>279</b>
2. El modelo democrático participativo como mecanismos teórico fundamental en la Constitución Colombiana.....	<b>286</b>
3. La Constitución del 91 y sus mecanismos de participación ciudadana.....	<b>296</b>

4. Mecanismos regulados por medio de la Ley Estatutaria sobre Participación ciudadana. Ley 134 de 1994.....	<b>306</b>
A) Iniciativa Popular Legislativa y Normativa.....	<b>311</b>
B) La consulta popular. (Art. 104 C.P).....	<b>319</b>
C) El referendo... ..	<b>322</b>
D) El plebiscito.....	<b>328</b>
E) El cabildo abierto.....	<b>329</b>
F) La revocatoria del mandato.....	<b>334</b>
5. Las constituyentes democráticas regionales: una posibilidad de aproximación al modelo teórico-discursivo habermasiano.....	<b>340</b>
A) Algunos datos relevantes de las constituyentes regionales. -El caso del Municipio de Tarso- .....	<b>344</b>
CONCLUSIÓN.....	<b>360</b>
GLOSARIO.....	<b>371</b>
BIBLIOGRAFÍA.....	<b>380</b>

## INTRODUCCIÓN

*Pero pienso ahora que la concepción deliberativa de la democracia ofrece la base para una justificación menos instrumental y estratégica de ciertas libertades e igualdades, incluso si no fueran necesarias para asegurar aportes adecuados al procedimiento democrático.*

**Joshua Cohen**

El interés principal que motivó la realización de este trabajo fue la necesidad de adentrarse en el análisis de la fundamentación de los derechos fundamentales a partir de la teoría de la acción comunicativa, de la democracia deliberativa y de la reconstrucción que Habermas realiza del derecho moderno desde el principio discursivo y el paradigma discursivo del derecho. Igualmente, por la función que éste le atribuye a la exigencia de reconocimiento intersubjetivo, necesario en cualquier sociedad que quiere entenderse y dirimir –abordar– los conflictos en forma racional y consensuada, y no de manera arbitraria ni recurriendo a mecanismos tan sólo coercitivos y desmedidos que limitan

constantemente los derechos de los más débiles, terminando por ahogar la poca legitimidad<sup>1</sup> existente.

En este orden de ideas, la pretensión es la de explorar la conexión entre derechos fundamentales, espacios públicos formales e informales de participación y un modelo deliberativo de 'democracia constitucional' que Habermas establece a partir de varios de los supuestos y elementos que articulan su teoría de la acción comunicativa y, de un modo más preciso, su *principio discursivo* como búsqueda de espacios comunicativo-normativos.

Los derechos fundamentales presentan en la teoría habermasiana una doble dimensión<sup>2</sup>: son, de una parte, condición de posibilidad de los espacios públicos democráticos y, de otra, construcciones o elaboraciones intersubjetivas de sujetos autónomos que se reconocen mutuamente libres e iguales en tanto autores de las normas –esto es, autolegisladores– y miembros de una comunidad jurídica. Esto posibilita el ejercicio de la autonomía privada y la autonomía pública de los individuos, como miembros activos de una comunidad jurídica, pues como afirma Habermas, sin democracia es muy difícil que exista Estado

---

<sup>1</sup> Bobbio entiende la legitimidad desde su clásica formulación de gobierno sub leges y gobierno per leges. Lo primero se expone por medio de leyes generales y abstractas; los poderes deben estar sometidos a derecho. Las normas se someten a un control de legalidad, lo mismo que todos los poderes. La segunda expresa las normas como voluntad de la ley general, la relación del poder con los ciudadanos y las formalidades que debe seguir. Estas normas que, debe seguir el legislador describen la legitimidad del estado de derecho. N. Bobbio, *El futuro de la Democracia*, Plaza y Janés, 1983, pág 201. El gobierno per leges, a mi entender, se relaciona con la legitimidad democrática expuesta por Habermas, a diferencia de que Bobbio no plantea la deliberación pública como complemento de ésta.

<sup>2</sup> Esta doble perspectiva de los derechos condiciona el mundo de la decisión, el procedimiento de toma de decisiones y el contenido de la decisión misma. Los dos primeros problemas están relacionados. Así, si tomamos como referencia el juez y, si éste no tiene conexión (más que indirecta) con la discusión pública democrática, lo único que podrá hacer es vigilar el cumplimiento de los requisitos de los dos primeros niveles y no entrar en el contenido. En todo caso, tanto en uno como en otro, la legitimidad del órgano judicial es algo relevante que no puede tratarse de manera incoherente con los procedimientos discursivos.



de derecho –tema que se abordará posteriormente en el apartado sexto de este trabajo–. Según esta aseveración, la idea de autolegislación de los ciudadanos exige que aquellos que están sometidos al derecho, como destinatarios suyos, puedan entenderse, a la vez, como autores del derecho. Se sirve este autor, por consiguiente, del principio del discurso –concepto desarrollado en el capítulo I de este trabajo– y de su institucionalización jurídica en forma del principio democrático, para deducir desde allí la categoría de los derechos fundamentales.

En esta medida los derechos fundamentales, en cuanto condiciones de posibilidad, legitiman un orden jurídico y político y, a su vez, en cuanto construcciones, se fundamentan en la dinámica participativa y discursiva de los ciudadanos bajo condiciones de racionalidad e imparcialidad. Esta doble dimensión de los derechos fundamentales lleva necesariamente a tomar en consideración dos aspectos centrales de la teoría comunicativa habermasiana: primero, los presupuestos de entendimiento derivados de las pretensiones de validez y segundo, los mecanismos procedimentales discursivos. En cuanto al primer aspecto, es de anotar que Habermas vincula éstas a su teoría de la acción comunicativa. Así, en una de sus definiciones expone que “la pretensión de validez de una norma *consiste* en su potencialidad para ser reconocida, lo cual tiene que demostrarse discursivamente; una norma válida merece reconocimiento porque, y en la medida en que, sea aceptada –es decir, reconocida como válida–

también bajo condiciones de justificación<sup>3</sup> (aproximativamente) ideales”. La validez<sup>4</sup> en esta teoría incluye la acción normativa ligada a los acuerdos razonables<sup>5</sup>, lo cual supone no sólo la imposición coercitiva por parte del Estado, sino que incluye también la manera como aquella se liga a la legitimidad de las leyes propias del derecho moderno construida intersubjetivamente. Ello reviste la validez de una dimensión sustancial –no solo formal– que obliga a redefinir y diferenciar los momentos de fundamentación y aplicación de dichas normas y, así mismo, a señalar como legítima la norma y el ordenamiento cuyos contenidos cuentan con los procedimientos jurídicos formales institucionalizados. De manera

---

<sup>3</sup> Habermas, J, *Verdad y justificación*, Trotta, 2002, pág. 53. Habermas entiende por justificación, aquellas condiciones de aceptabilidad de las razones que prestan a las legitimaciones eficacia, fuerza consensual y fuerza motivadora. Habermas, J, *La reconstrucción del materialismo histórico*, Taurus, Madrid, 1985, Pág. 251. De forma similar S. Benhabib ha dicho que “las bases de la legitimidad en las instituciones democráticas se deben trazar en la presunción de que las instancias que demandan el cumplimiento de obligaciones lo hacen porque sus decisiones corresponden a un punto de vista imparcial que es igualitario respecto a todos. Esta presunción sólo puede ser satisfecha si es que estas decisiones están abiertas a un proceso público de deliberación por ciudadanos libres e iguales. Benhabib, S, “Toward a deliberative model of democratic legitimacy”, en *Democracy & Difference*. Princeton University Press, 1996, pág. 68.

<sup>4</sup> En el campo jurídico, el concepto de *validez* se encuentra saturado de significados y emparentado con conceptos como vigencia, eficacia y justicia. La validez se refiere a la coherencia del contenido de las normas con relación a las determinaciones establecidas en niveles superiores del ordenamiento que en virtud de la inserción de principios y valores, hacen que dichos juicios sean complejos, jurídicos e internos al ordenamiento. Las demás demarcaciones no serán acometidas acá por cuestiones metodológicas. El objetivo de este trabajo no es realizar una descripción sobre cada uno de estos conceptos. Ello desbordaría las pretensiones de la investigación. Existe amplia bibliografía al respecto. Ver: Alexy, R, *El concepto y la validez del derecho. –En especial el capítulo III–*. Gedisa, 1997; Peña Freire, A. *La garantía en el Estado constitucional de derecho*, Trotta, 1997; Böckenförde, E. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia*, trad. De Rafael de Agapito Serrano, Trotta, 2000; R, Guastini, *Distinguiendo: Estudios de Teoría y Metateoría del Derecho*, Gedisa, Barcelona, 1999; Ferrajoli, L, *Derechos y Garantías: La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 2da. Edición 2001; José Luis Serrano, *Validez y Vigencia*, Trotta, 1999.

<sup>5</sup> En *Teoría de la acción comunicativa* había dicho Habermas que una pretensión de validez es un potencial de razones que poseen los hablantes en un diálogo con el fin de aprobar o rechazar un enunciado. Las razones interpretan las condiciones de validez y pertenecen, por tanto, ellas mismas, a las condiciones que hacen aceptable una emisión. Habermas, J, *Teoría de la acción comunicativa*, T.I Taurus, 1987, pág. 342.

similar propone R. Alexy, su concepto de validez; la divide en tres categorías: la sociológica, relacionada con la eficacia social de las normas y su aceptabilidad racional por parte de los destinatarios; la ética, vinculada a las justificaciones morales o pretensión de corrección normativa, y la jurídica, que puede entenderse como aquellas disposiciones dictadas conforme a lo que prescribe la constitución<sup>6</sup>.

Por su parte, José Luis Serrano diferencia el concepto de validez en moral y jurídica; la primera asociada a la teoría de la justicia y la segunda a la obligatoriedad o fuerza vinculante del derecho. La validez moral permite evaluar y analizar la norma jurídica como justa o injusta, sin que sea pre-condición de la validez jurídica sino una “propiedad emergente<sup>7</sup>” en si misma. Analizada desde esta perspectiva, la validez de una norma no está previamente dada, se construye por los “intérpretes abiertos de la constitución” –al decir de Peter Habermas– y por los afectados por ésta conforme a los principios y valores inscritos en el ordenamiento jurídico. Extendiendo lo anterior a la propuesta de Habermas, se puede decir que la validez jurídica, para no quedarse sólo en la aplicación de normas coercitivas, debe ser legitimada por aquellas pretensiones de validez que entablan los ciudadanos en la esfera pública<sup>8</sup> y que han logrado positivizarse en los estados democráticos de derecho.

---

<sup>6</sup> Alexy, R, *El concepto y validez del derechos*, Gedisa, 1997, pág. 87. La pretensión de corrección de Alexy es deudora de la ética discursiva expuesta por Habermas, al decir de Touri: “Según la teoría jurídico ético-discursiva, sólo aquellas normas y juicios jurídicos que puedan satisfacer las pretensiones de corrección, esto es, que puedan ser aceptadas en discursos práctico-morales pueden considerarse legítimos en el sentido normativo del término”. Kaarlo Touri, “Ética discursiva y legitimidad del derecho”, *Revista Doxa*, Nro. 5, 1988, pág. 48.

<sup>7</sup> Serrano, José L, *Validez y Vigencia*, Trotta, 1999. Pág. 19.

<sup>8</sup> Este concepto se explica con mayor detalle en el cap. IV de este trabajo; se retoma por ahora de manera introductoria. La esfera pública ha de entenderse como un proceso deliberativo, continuo y reflexivo de aprendizaje tendiente a fortalecer las instituciones políticas

El segundo aspecto central de la teoría comunicativa –los mecanismos procedimentales discursivos– será el tema específico del desarrollo del primer capítulo, teniendo presente que es en el espacio público discursivo donde se construyen las reglas procedimentales de la democracia y en el cual se explicitan las condiciones que hacen posible el entendimiento intersubjetivo cuando dichas condiciones son problematizadas por los participantes en el diálogo. En este sentido, en los espacios públicos, el principio del discurso se entrecruza con el principio democrático, fijando una práctica legítima de producción de normas jurídicas, que pretenden asegurar un sistema de derechos producto de la participación de los ciudadanos en procesos comunicativos y discursivos.

Así mismo, la necesidad de fundamentación imparcial<sup>9</sup> de normas introducidas al sistema jurídico a partir del “principio discursivo”, así como desde el procedimiento democrático, condujo a examinar un modelo de democracia: la deliberativa. El planteamiento anterior permitió realizar el siguiente interrogante: ¿en qué modelo democrático, jurídico y político se pueden estructurar consistentemente los derechos fundamentales, de tal forma que sean justificados por medio de un procedimiento democrático participativo? La democracia deliberativa propuesta por Habermas cumple, en este análisis, dichas aspiraciones. Desde esta perspectiva, ella presenta mecanismos específicos que permiten legitimar las instituciones democráticas y

---

y jurídicas. El término “esfera pública” fue utilizado por Habermas en su texto: *Historia y crítica de la opinión pública*, Gustavo Gili, 1982. Allí aborda el origen de la “esfera pública” en la sociedad burguesa durante los siglos XVII y XVIII y su posterior evolución y “deformación” hacia una esfera privada.

<sup>9</sup> En *Aclaraciones a la Ética del discurso*, Trotta, 2000. Habermas afirma que: “La idea de imparcialidad sólo se agota cuando andan juntos dos principios, el de universalización y el de adecuación y sólo si el principio de universalización en los discursos de fundamentación es asumido por el principio de adecuación”, pág. 147. Es en ese espacio de fundamentación donde aquellas normas se justifican y pueden aplicarse al caso concreto

contribuyen a la formación de individuos con capacidad deliberativa. Es decir, ciudadanos autónomos y participativos que actúan no sólo como destinatarios sino también como coautores de las normas, como sujetos que reivindican sus derechos. Punto central éste en la perspectiva que Habermas le asigna al paradigma discursivo del derecho.

La democracia deliberativa supone procedimientos democráticos concretos que permiten que los sujetos, en el espacio público, puedan deliberar sobre las normas y principios que han de darse, si quieren regular, de esta forma, su convivencia, cuestión que no sucede en el modelo de la democracia representativa, tema abordado en el tercer capítulo. La categoría tensional que establece Habermas entre facticidad y validez confuta esa vieja creencia de que el poder creaba derecho y a la vez se legitimaba. Como recuerda, los ciudadanos son coautores de las normas cuando, por medio del principio discursivo, institucionalizan los discursos públicos. Este es, de modo general, el *leit motiv* de la democracia deliberativa.

Para Habermas, las acciones comunicativas que entablan los individuos entre sí, y que coexisten con posiciones estratégicas, son condición necesaria para concebir derecho legítimo, cuyos rasgos principales están definidos por la posibilidad de garantizar el equilibrio entre las acciones estratégicas y las acciones orientadas a los acuerdos. Esto es, normas que se caracterizan por ser, al mismo tiempo, leyes de libertad y leyes de coacción.

En *Facticidad y Validez* –continuación de obras anteriores como: *Historia y crítica de la opinión pública*, *Conocimiento e interés*, *Conciencia moral y acción comunicativa*, *Teoría de la acción comunicativa*, *Teoría de la*

*acción comunicativa: complementos y estudios previos, Aclaraciones a la ética discursiva*— se vislumbra la pretensión habermasiana de vincular por un lado, al legislador, ejecutivo y jueces a la constitución, con el fin de fortalecer el Estado democrático de derecho y los derechos fundamentales, entendidos de forma general como “derechos subjetivos a iguales libertades de acción”; y de otro lado, por la posibilidad que tienen los ciudadanos de poder accionar mecanismos democráticos y jurídicos que les permita hacer reales las garantías constitucionales, por medio de la participación en la esfera pública como coautores del derecho.

De acuerdo con lo anterior, el legislador debe guiarse por normas y principios signados en la Constitución, por medio del procedimiento democrático —gobierno *sub lege* que actúa y tiene como referentes normas pactadas que garantizan los derechos de los ciudadanos, así como la libertad e igualdad que les da la fuerza de transfondo, concretadas en ese pacto, como afirmaría Bobbio—, de igual manera vincula al juez al procedimiento democrático y a los derechos, desde la interpretación que éste realiza de las normas y principios fundados imparcialmente. Pretende Habermas como resultado que los jueces no creen derecho sino que, por medio del principio de aplicación, puedan llegar a una decisión correcta para cada caso. Con esto se intenta mantener una “coherencia” entre lo que el legislador buscaba al introducir los principios y la aplicación de esas normas y principios al caso concreto, preservando, de un lado, los derechos fundamentales y, por otro, manteniendo la legitimidad y legalidad del sistema democrático.

En el análisis anterior, Habermas deja entrever varias tensiones a las que les dedica gran atención. Entre ellas se perciben, por ejemplo, la manifiesta tensión que recorre el derecho moderno entre norma y

realidad, entre la legitimidad del derecho y su positividad<sup>10</sup>, entre el principio de seguridad jurídica y las decisiones correctas, entre el principio de fundamentación y el principio de adecuación. Éstas se manifiestan, dentro del sistema de los derechos, como tensión entre autonomía privada y autonomía pública, soberanía popular y derechos individuales, moral y derecho, aplicación y fundamentación de normas, etc. Dichas categorías dicotómicas –no deben entenderse como opuestos, escindidos– recorrerán todo el texto de *Facticidad y Validez*, y son una preocupación manifiesta del autor por ofrecer, como teórico, una explicación válida, entre otras, al principio discursivo, al modelo de Estado democrático de derecho, al paradigma liberal y republicano y al procedimiento democrático deliberativo, como fundamento de los derechos y de los mecanismos de participación ciudadana. Las tres primeras cuestiones se abordarán en los capítulos primero, segundo y tercero respectivamente. La tercera, se desarrollará en el cuarto y quinto capítulo

Podría decirse, por ende, que las normas creadas por el legislador y aplicadas por el juez, no pueden entrar en contradicción con los principios y convertirse en disposiciones que busquen “instrumentalizar” desde fines egoístas a los afectados por dichas normas. De aquí la pretensión de corrección de las normas. Éstas son aceptadas por los afectados porque provienen de un procedimiento institucionalizado correctamente, al igual que por su legitimidad democrática. Es maximizar el “valor epistémico” de la democracia, como afirmaría Carlos S. Nino. Como se afirmará posteriormente, el modelo deliberativo influye en la

---

<sup>10</sup> Este derecho positivo que tiene en mente Habermas ha de depender para la búsqueda de legitimidad, del consenso de fondo logrado intersubjetivamente y no sólo de acciones estratégicas.

producción legislativa de normas válidas, en tal forma que las normas provenientes de este mecanismo devienen imparciales.

Desde este enfoque, se trata de reflexionar sobre cómo hacer más inclusivos los canales de comunicación y entendimiento, de tal manera que se puedan concebir posibles, desde una perspectiva del Estado democrático de derecho, sin tener que eliminarlos o restringirlos sistemáticamente, como se evidencia en diversos espacios –entre ellos el colombiano como se hará notar en el capítulo V de este trabajo–. Lo que no es otra cosa que dimensionar el potencial “integrador” de las acciones comunicativas que existen en el diálogo. Esto es, como acción de entenderse en el proceso de comunicación, o como análisis de las distorsiones dadas, que imposibilitan dicho proceso en la consolidación y fortalecimiento de la democracia. Esto generará como consecuencia, replantear las instituciones que obstaculizan los procesos democráticos abiertos y participativos, impidiendo que se queden ancladas sólo en la consecución de fines estratégicos.

Si bien este trabajo sigue un análisis conceptual descriptivo del modelo habermasiano, se busca realizar, un posible acercamiento entre el modelo teórico y la práctica democrática participativa con relación al caso de Colombia. De momento no sé si sea conveniente trasladar esquemas conceptuales como el expuesto por el principio discursivo a situaciones como la colombiana, tan resquebrajada por los múltiples conflictos sociales, con un profundo descrédito por la justicia y por las decisiones tomadas por el ejecutivo y el legislativo, en cuanto afectan de continuo procesos pedagógicos democráticos y de derechos fundamentales. Mas la urgencia de construir espacios ampliamente dialógicos –ideal democrático–, guiados por directrices constitucionales democráticas



donde cuente la participación ciudadana, tanto en el procedimiento de toma de decisiones –lo formal–, como en la participación para con los resultados derivados de la primera –lo material–, llevó a proponer y analizar éste mecanismo normativo reconstructivo, tema abordado en el capítulo quinto de este trabajo. Se intenta replantear y analizar qué elementos concretos del modelo discursivo, de los derechos fundamentales y del procedimiento democrático deliberativo habermasiano, se pueden retomar e introducir al Estado democrático y jurídico del país, para confrontarlos con la realidad y poder plantear qué y cuáles son las debilidades o fortalezas que ofrecen los mecanismos democrático participativos ínsitos en la Constitución del 91, para desde allí analizar la propuesta habermasiana.

Las teorías no confirman la evidencia fácticamente y sin equívocos, antes bien, sirven como criterio de verificación de lo que anda mal en la práctica; se prestan para analizar la coherencia que existe entre la realidad y el modelo que se debe seguir. Por tanto, las diferentes perspectivas que resulten de la aplicación a la situación concreta permitirá analizar la validez democrática deliberativa de instituciones como la colombiana, para compararla con el modelo, a modo de poder plantear posibles falencias del primero y las posibles alternativas que ofrece el segundo. El proceso democrático centrado en la protección de los derechos y cimentado desde condiciones simétricas de participación en la esfera pública, fundamenta de forma reflexiva la necesidad de construir mejores espacios deliberativos para realidades como la colombiana, pues como bien lo afirma Habermas, no es posible un Estado democrático de derecho sin democracia efectiva.

Espacios conflictivos como el colombiano convocan a reflexionar conjuntamente sobre la importancia primordial que debe alcanzar la constitución, al signarse como un proceso de llegada y partida de reivindicaciones e integración de pluralidades desde auténticos procedimientos democráticos. Como afirma P. Habermas, la sociedad requiere conformar una red plural que convierte la constitución en un proyecto abierto a las diferentes interpretaciones y donde se pueda consensuar sobre aquellos puntos más complejos y disímiles. Expresa Habermas “La sociedad abierta de interpretes constitucionales significa que tanto el ámbito de lo público como de la opinión pública<sup>11</sup> y la totalidad de las teorías pluralistas existentes en su seno actúan como intereses de *direccionamiento* epistemológico en el ámbito de todo un desarrollo progresivo propios de una constitución polifacética ya de por sí<sup>12</sup>”. Por tanto, una justificación racional –pretensión de validez que lleve a la búsqueda de la legitimidad por medio del consenso, en términos habermasianos– crea la necesidad de reivindicar aquellos principios y valores constitucionales que se consideren valiosos para construir espacios de autonomía política y de convivencia.

Sin duda, el tema de la democracia constitucional deliberativa será una constante que transversa todo el proyecto, y donde el principio discursivo se presenta como elemento inclusivo para aquellos espacios públicos

---

<sup>11</sup> Como ya se indicó anteriormente, Habermas trata el tema de la *opinión pública*, en una obra tardía titulada: *Historia y crítica de la opinión pública*, Edi. Gustavo Gili, 1982. En ella analiza el papel que cumple ésta en el análisis de las democracias masivas del capitalismo tardío y la participación del individuo en la esfera pública. Enfoca también la manera como surge, se transforma y decae la esfera pública burguesa. Volverá a retomar el tema en *Facticidad y validez*. Ver cap. VII.

<sup>12</sup> Habermas, P, *Pluralismo y constitución*. *Estudios de Teoría Constitucional de la sociedad abierta*, Tecnos, 2002, pág. 112.

donde se deliberan cuestiones relevantes como bien pueden ser los derechos fundamentales o, por que no, sobre temas concernientes a la cotidianidad donde los sujetos desarrollan sus vidas.

El trabajo se ha dividido metodológicamente en cinco capítulos. En el primero, se realizó una introducción(I) con el fin de intentar un acercamiento a la concepción que sobre el principio discursivo presenta Habermas (II) y las objeciones esgrimidas por parte de algunos críticos como McCarthy, Wellmer, Benhabib(III). Teniendo presente las críticas y respuestas que Habermas ofrece, se prosigue al análisis de *Teoría de la acción comunicativa* con el fin de retomar aquellos elementos comunicacionales con los cuales aproximarse a *Facticidad y validez* y por tanto, al campo del derecho y a los derechos fundamentales(IV), lo que implica analizar la posibilidad de fundamentación de éstos en el recurso racional e imparcial del principio discursivo y el Estado democrático de derecho. Esto posibilita adentrarse en el análisis de la validez y legitimidad discursiva de los derechos fundamentales desde la relación mediada por el derecho moderno entre autonomía privada/pública (V), para culminar en el paradigma discursivo del derecho y el Estado democrático de derecho(VI).

El capítulo segundo aborda la relación entre el principio democrático y el paradigma discursivo del derecho y como desde allí, se desglosa las categorías de los derechos fundamentales expuestos por Habermas (I). Seguidamente se efectuó un análisis detallado de cada una de dichas categorías haciendo énfasis en el derecho a la participación política; con ésta, el autor pretende aspirar al ideal emancipador de una sociedad civil cada vez más universal y cosmopolita, lo que condujo a lanzar una mirada sobre la idea de democracia cosmopolita en Habermas –excursus

(A) –, de la que no se puede sustraer el tema ínsito en el locus de las democracias posnacionales como es la inmigración, tema abordado en el excursus (B). La discusión entre los postulados contextualistas sobre los derechos colectivos, expuesta por Ch. Taylor –excursus (C)– y la respuesta que Habermas ofrece, se abordaron cuando se planteó la relación entre los derechos subjetivos y los derechos políticos. En este punto también se analizó las posibles falencias que se puede encontrar en la categoría de derechos sociales económicos y culturales desarrollada por Habermas.

El tercer capítulo tiene como propósito analizar la forma como Habermas se inclina por la justificación y protección de los derechos, desde el principio de fundamentación y adecuación, establecidos mediante la teoría discursiva del derecho y en la aplicación de las normas al caso concreto. Esto tiene que ver específicamente con la relación tensional que se establece en la garantía y protección de derechos, entre el legislador y los jueces y la participación ciudadana en la esfera pública. Para ello se analizó, inicialmente, los planteamientos del Tribunal Constitucional y la deliberación pública a partir del planteamiento de B. Ackerman(I). Seguidamente se retomó el discurso de fundamentación y aplicación de normas (II), a través de autores como K. Günther (A), R. Dworkin (B) y R. Alexy (C). Con estos planteamientos se busca resaltar la discusión que Habermas establece sobre la tesis de la “única respuesta correcta” y su relación con los derechos fundamentales (III). En este acápite surge de nuevo la relación tensional entre el juez y el legislador, aunado ahora a un elemento de entronque: la participación ciudadana en la esfera pública (A), lo que conlleva a la construcción intersubjetiva de las normas mediante la democracia constitucional deliberativa (B).

El cuarto capítulo tiene como objetivo principal, abordar el concepto de democracia deliberativa, desde algunas críticas al modelo representativo (I), y desde allí, analizar la propuesta que hace Habermas a la primera, con el fin de sacar conclusiones del porqué la democracia deliberativa y el espacio público(A) propuestos por Habermas complementan a la democracia representativa y en qué aspectos. De igual manera se analizó las propuestas de algunos teóricos que delinean conceptos claros sobre la democracia deliberativa, como C. S Nino(B) y Jon Elster, entre otros. El objetivo, en todo caso, es avistar el aporte que la deliberación pública, como fundamento de la democracia constitucional deliberativa, le puede reportar a la democracia representativa, a los derechos fundamentales y a los mecanismos participativos utilizados para su garantía (II).

En el quinto y último capítulo se intentó abordar de una manera explicativa de un lado, y del otro, retomar los mecanismos prácticos que ofrece el principio de la adecuación y de fundamentación previstos en el principio discursivo como de los derechos fundamentales en perspectiva habermasiana. –lo anterior a modo de introducción (I)–. Con estos elementos, se retomó nuevamente los conceptos analíticos y teóricos tratados en este trabajo, para desde allí pretender analizar el carácter democrático constitucional participativo inscrito en la Constitución colombiana del 91(II), ello con el fin de examinar las posibles fortalezas o falencias tanto teóricas como prácticas y su concreción en la praxis social donde éstas se validan. Lo anterior posibilitó analizar en detalle los mecanismos de participación ciudadana(III) desarrollados mediante la Ley 134 de 1994, conocida como: Ley Estatutaria sobre participación ciudadana (IV). En esta se abordan los mecanismos previstos por la Constitución de 1991 tales como la iniciativa popular legislativa (A), la

consulta popular (B), el referendo (C), el plebiscito (D), el cabildo abierto (E) y la revocatoria del mandato (F).

La aplicación *prima facie* del principio discursivo y su posible introducción al ámbito institucional democrático y jurídico, al de los derechos fundamentales, a los espacios comunicativos, debe permitir analizar la viabilidad, fortaleza o inaplicabilidad que el modelo teórico ofrece en su posible contextualización. Por esta razón se pretendió culminar la investigación con un modelo concreto de participación democrática popular como el llevado a cabo por las constituyente democrática regional del Municipio de Tarso (V). La sostenibilidad en el tiempo de este modelo participativo y su manifestación a otros espacios democráticos colombianos, permitirá comprobar la validez o invalidez de propuestas como las desarrolladas en este trabajo.

El reto entonces radica en cómo poder aplicar, analizar, reflexionar y dimensionar éstas cuestiones teóricas en realidades conflictivas y complejas como la colombiana, donde las condiciones para adaptar dicho modelo, son para muchos mínimas e impensables. Si bien en ello radica su dificultad, también allí se encuentra la fortaleza para repensar y reconstruir –así sea en lo mínimo– aquellos mecanismos participativos democráticos, como espacios reales de legitimar y dimensionar principios democráticos y constitucionales plurales donde intersectar los múltiples y disímiles conflictos. Estos son entre otros, los motivos que llevaron a analizar la teoría discursiva habermasiana y las posibles pautas que ésta pueda ofrecer a la realidad política, democrática y jurídica colombiana, en especial para con los mecanismos de participación ciudadana y su aproximación relacional con el principio discursivo expuesto por Habermas y desarrollado en el primer capítulo de este trabajo.

Se quiere por último, que algunas críticas concretas a la quinta categoría de derecho fundamental, a su propuesta sobre la democracia cosmopolita, a la poca capacidad que tiene la opinión pública ante la toma de decisiones y a la abstracción entre las concepciones concernientes a la identidad de los colectivos, de un lado, y los postulados universalistas, por otro, no queden en simples devaneos o en una recopilación más de las tesis habermasianas.

## **CAPÍTULO I**

### **RELACIÓN ENTRE EL PRINCIPIO DISCURSIVO Y EL DERECHO: UNA APROXIMACIÓN A LA COMUNIDAD ARGUMENTATIVA– CONSTRUCTIVA DE LAS NORMAS DE DERECHO**

*“La idea clave es que el principio de la democracia  
se deriva de la interpenetración del principio  
discursivo y la forma legal”*

Habermas.

#### **1. Introducción**

Los modelos teóricos estilo ‘la voluntad general’ propuesta por Rousseau, el ‘imperativo categórico’ de Kant, la ‘posición original’ de Rawls, el ‘juez Hércules’ de Dworkin etc., pueden servir de asidero para justificar este capítulo sobre el principio discursivo, esto es, justificaciones que han de ayudar como concepciones fundamentadoras a seguir por sujetos de un determinado marco jurídico. Así, por ejemplo, el concepto de razón práctica introducido por Kant, sirve como derrotero donde pivota la elaboración y construcción de normas que guían la voluntad de los individuos hacia exigencias universales. La razón práctica surge cuando se ponen en cuestión ‘pretensiones de rectitud normativa’, esto es, si una norma va a ser de interés de todos por igual; cuándo, al dictarse una



norma, ha quedado racionalmente justificada y es aceptada fácticamente por los destinatarios de la misma al ‘participar en discursos racionales’. El principio discursivo<sup>13</sup> se presenta así en la teoría Habermasiana como aquella concepción moral, política y jurídica que pretende conseguir un marco público lo más amplio posible que posibilite la concurrencia de diversas pluralidades racionales; postula la idea de que la imparcialidad de las normas se construye a partir de procedimientos democráticos racionales. Acorde con este argumento se sostendrá que *el principio discursivo* es un concepto racional que posibilita a los ciudadanos, al legislador y al juez, decidir si en la justificación y aplicación de los derechos fundamentales se han ofrecido todas las garantías democráticas existentes. Como teoría pretende dar cuenta de los diversos acuerdos y desacuerdos de la razón práctica –razones comunicativas en términos habermasianos–, es decir, funciona como criterio de reflexión pública. En la primera parte de este capítulo se realizará un abordaje de las principales ideas de Habermas previas a las dos obras centrales para este trabajo, tales como, *Teoría de la acción comunicativa* y *Facticidad y validez* (I). Los planteamientos teóricos generales del principio discursivo servirán de base para analizar éste con

---

<sup>13</sup> La validez y aceptación de las normas por parte de los afectados, premisa fundamental de la que parte el principio discursivo, puede ser abordado de dos maneras: 1) si las normas válidas pueden recibir su aceptación por parte de todos los afectados en cuanto a su condición de personas morales, como ser que tiene dignidad y por tanto merece respeto y, 2) desde la validez de las normas y su aceptación por parte de los afectados en cuanto condiciones que posibilitan la autonomía privada y pública, la construcción del Estado democrático de derecho y los derechos fundamentales. Si bien la segunda no excluye la primera, no se retomará el camino desarrollado por la teoría moral. Con relación a la validez jurídica del Estado democrático de derecho, éste tiene un doble rostro: por un lado cumple funciones estratégico-sistémicas y por otro busca integrar socialmente a la ciudadanía en su conjunto a través de la soberanía popular procedimentalizada discursivamente mediante el catálogo de derechos fundamentales; éstos garantizan su legitimidad política y propician su validez jurídica.

las críticas que ha recibido de autores como A. Wellmer, Th. McCarthy, S. Benhabib (II).

En un segundo apartado se analizará el principio discursivo desde la perspectiva habermasiana, teniendo presente para ello las diversas reestructuraciones que sobre el particular ha realizado el autor. Los cambios introducidos al principio discursivo le han permitido acercarse al mundo jurídico de manera argumentativa, a las regulaciones sociales normativas y a los derechos fundamentales, deduciendo éstos del derecho moderno y de su relación con dicho principio(III).

## **2. El principio discursivo en la teoría habermasiana.**

*Algunas acotaciones previas a Teoría de la acción comunicativa.*

El pensamiento de Habermas es proclive en demasía a ciertos temas, entre los que vale destacar su desarrollo académico en teoría política, democracia, filosofía, epistemología, lenguaje, derecho, Estado democrático de derecho, derechos fundamentales, legitimidad, acción comunicativa, participación de los ciudadanos en la esfera pública, etc. En este trabajo se retomarán, de manera general, los planteamientos teóricos del ‘primer Habermas’, con el fin de llegar a los fundamentos de su *Teoría de la Acción Comunicativa*<sup>14</sup>; allí se enfatizará en el concepto del principio discursivo y en las premisas de validez normativas discursivas. Se analizarán y retomarán dichos planteamientos como acercamiento al texto clave de Habermas: *Facticidad y Validez*, obra que dará los elementos para abordar la teoría del Estado democrático, la democracia deliberativa y los derechos fundamentales.

---

<sup>14</sup> Habermas, J, *Teoría de la acción comunicativa*, Taurus, Madrid, 1987.

Como señalan diversos autores<sup>15</sup>, Habermas es continuador de la escuela de Frankfurt en cuanto al diagnóstico que realizan de la teoría crítica, pero se aleja de sus postulados<sup>16</sup> por su cargado pesimismo y desesperanza –Horkheimer y Adorno–, proponiendo como complemento de éstos, una razón emancipativa, reflexiva, crítica y normativa, resultado del proyecto ilustrativo de la modernidad. Afirma Velasco: “Prosiguiendo el proyecto inicial de la teoría crítica, Habermas busca alcanzar un concepto ampliado de la razón que permita la superación de los diferentes y parciales modelos e instancias de racionalidad que se han ido confrontando con la modernidad”<sup>17</sup>.

En la búsqueda de la razón emancipadora y reflexiva, Habermas comienza el texto *Conocimiento e Interés*<sup>18</sup> diciendo que su objetivo es "reconstruir la prehistoria del positivismo moderno con el propósito sistemático de analizar las conexiones entre conocimiento e interés"<sup>19</sup>, cuestión que lo llevará a mostrar cómo la teoría del conocimiento se disolvió, gracias al positivismo, en la epistemología. Y tal labor pudo hacerse "a través de fases abandonadas de la reflexión, porque el positivismo es eso: el renegar de la reflexión"<sup>20</sup>. En este sentido, el mundo significativo transmitido y por analizar sólo se abre al intérprete en la medida en que se le aclara a él, al mismo tiempo, su propio mundo. El

---

<sup>15</sup> Velasco, J, C, *La teoría discursiva del derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2001; Vallespín, F, “Teoría del discurso y acción comunicativa en Jürgen Habermas”, Ramón de Maíz (Ed.), *Teorías políticas contemporáneas*, Tiranch lo Blanch, 2001.

<sup>16</sup> Habermas, J, *El discurso filosófico de la modernidad*, Taurus, 1989, pág. 159.

<sup>17</sup> Velasco, J,C, *Para Leer a Habermas*, Alianza, 2003, pág. 26.

<sup>18</sup> Habermas, J, *Conocimiento e interés*, Taurus, 1982. En esta obra trata el autor de hacerle frente al positivismo epistemológico, ya que éste había invadido la esfera propia de las ciencias sociales y su campo de acción. Una de las tesis principales consiste en entender qué es la teoría crítica. Según Habermas, el interés emancipatorio arraigado en el lenguaje lleva a hacer más conscientes a los hombres de su autonomía, libertad y de las injusticias sociales.

<sup>19</sup> *Ibíd.*, pág. 9.

<sup>20</sup> *Ibíd.*, pág. 10.

que comprende el sentido establece una *comunicación* entre ambos mundos; se capta el sentido de lo transmitido sólo en cuanto aplica la tradición a sí mismo y a su situación, explica Habermas.

En *Conocimiento e interés*, Habermas propone el conocimiento como orientador hacia el desarrollo de la autonomía y la libertad; esta última no viene dada como algo inmanente a la naturaleza del hombre –intuición abordada por Kant–, sino que es autorreflexiva y producto del intercambio entre los seres humanos; la autonomía tiene que ver con la simetría relacional que se establece entre los sujetos mediante el diálogo y las acciones comunicativas. En este sentido, el interés emancipatorio está intrínsecamente interrelacionado a la reflexión y por ende al lenguaje. En términos generales, se puede decir que el énfasis habermasiano se va a centrar en la apremiante necesidad de acceder a criterios *normativos* a partir de los cuales poder *fundamentar* una teoría social crítica. –Mantener la necesidad de fundamentar dicha crítica, no significa para Habermas, que haya que renunciar a reivindicar su dimensión *emancipativa* social–.

Por consiguiente, en el planteamiento habermasiano, la palabra “*emancipación*” debe entenderse como sinónimo de libertad y de subjetividad. En rasgos generales, la emancipación reviste el sentido normal de liberación de toda sumisión a una tutela o un poder ajeno, y el de la instauración de la propia autonomía. Se emancipa el sujeto humano de todo lo que no sea él mismo, es decir, de todo lo que no sea sujeto como tal. En tal sentido menciona Vallespín: “en dicho concepto se encuentra el primer esbozo serio de su tesis de que la competencia lingüística y comunicativa constituye el apoyo necesario de toda teoría

social guiada por un impulso emancipatorio”<sup>21</sup>. –Esta es la parte relevante de *Conocimiento e interés* que va a ser retomada de Habermas para el objetivo de este trabajo–.

De esta manera, la búsqueda de criterios normativos que le sirvan de soporte al análisis social llevan a Habermas a preguntarse por la legitimidad, aproximándose de esta manera a *Problemas de legitimación del capitalismo tardío*<sup>22</sup>, donde explica la crisis del capitalismo para dotarse de legitimación. En ella denuncia la contradicción insuperable entre la lógica manejada por el capital –que busca el interés privado– y las cuestiones normativas ínsitas en los procedimientos democráticos, lo que lleva a que el poder del Estado se imponga coactivamente y sin las bases necesarias para su justificación tanto democráticas como comunicativas. La dominación económica se ve en la necesidad de una legitimación controlada por el Estado que compense las disfunciones del mercado; pero el Estado se ve sobrecargado de las demandas sociales y sin posibilidad de atención, ocasionando una crisis de legitimación y que éste se oriente más por las cuestiones técnicas que por la realización de las normas práctico-morales y por la participación política real de los ciudadanos en su conformación. Ante tal situación, Habermas se inclina a plantear que el poder sólo puede legitimarse, mediante discusiones públicas razonables en el cual los ciudadanos puedan contener el papel privatizador que ha adquirido el Estado. Se vale para ello del papel que cumple la moral y el derecho en la justificación de principios universales<sup>23</sup>.

---

<sup>21</sup> Vallespín, F, “Teoría del discurso y acción comunicativa en Jürgen Habermas”, Ramón de Maíz (Ed.), *Teorías políticas contemporáneas*, Tiranch lo Blanch, 2001, pág. 147.

<sup>22</sup> Habermas, J, *Problemas de legitimación del capitalismo tardío*, Amorrortu, Buenos Aires, 1975.

<sup>23</sup> *Ibíd*, pág. 156. La pretensión de *rectitud normativa* funciona como garante ilocucionario de los intereses generalizables en las prácticas comunicativas, ello –a mi modo de ver– sirve de base para que Habermas reacomode su teoría comunicativa hacia el universalismo moral; soporte esencial del principio discursivo.

Una tesis clara del texto e importante para este trabajo, es que sólo se conseguirá establecer una conexión racional entre el dominio técnico y la vida social si se aprovecha el potencial que brindan los espacios comunicativos libres de dominación. En éste, los flujos de comunicación no pueden estar domeñados por la exclusión o la violencia. Esta tesis es un desarrollo de su planteamiento esbozado en *Historia y crítica de la opinión pública*.

No obstante, es en *Reconstrucción del Materialismo Histórico*<sup>24</sup> donde Habermas comienza el tránsito desde la Teoría Crítica<sup>25</sup> a la *Teoría de la Acción Comunicativa*<sup>26</sup>. El déficit de legitimidad denunciado por él en *Problemas de legitimación en el capitalismo tardío*, se orienta a observar y criticar la crisis en la que se ve envuelto el “mundo de la vida” por parte de los subsistemas económico y administrativo, así como por la acción estratégica y la manipulación que ésta ejerce continuamente sobre aquél. A este debilitamiento lo denomina colonización-del-mundo-de-la vida<sup>27</sup>. Para Habermas, en definitiva, sólo un planteamiento teórico crítico-emancipatorio –iniciado en *Conocimiento e interés*– puede hacer frente

---

<sup>24</sup> Habermas, J, *La Reconstrucción del materialismo histórico*, Taurus, 1981.

<sup>25</sup> La teoría crítica intentó superar las teorías tradicionales y conciliar las diversas racionalidades propias de las diversas actividades humanas o lo que Habermas denominara “la razón en sus múltiples voces”. Esta teoría fue iniciada por marx y continuada por la Escuela de Frankfurt. La reconstrucción que emprende Habermas de la teoría crítica de la sociedad, la realiza buscando reformular las categorías marxistas de explotación, producción, trabajo, razón instrumental, entre otras. La teoría crítica en términos de Habermas confunde racionalidad y dominio, lo que da como resultado una visión catastrófica y cosificada de la racionalidad. Habermas, J, *Teoría de la acción comunicativa*, T.I, Taurus, 1987, pág. 486.

<sup>26</sup> En teoría de la *Acción Comunicativa*, T.I, Habermas aborda de forma profunda los presupuestos básicos en los que se sustenta la racionalidad comunicativa; su tesis principal consiste en desarrollar una teoría crítica de la sociedad, sustentado para ello en presupuestos comunicativos. *Teoría de la Acción Comunicativa* se convierte en un intento por ofrecer una explicación sistemática entre: acción instrumental –distorsiones ideológicas y dominio técnico sobre el mundo de la vida en sus obras anteriores– y la acción comunicativa; subjetividad e intersubjetividad; pretensiones de validez y de la razón como interacción comunicativa como forma de llegar al consenso, entre otras.

<sup>27</sup> *Ibíd.*, pág. 465.

a la dependencia del sujeto de las esferas de la organización del mercado y de las grandes corporaciones que controlan el poder.

Desde esta perspectiva, en *Teoría de la Acción Comunicativa* trata Habermas de engarzar sus planteamientos anteriores con una investigación sobre las estructuras y reglas universales del lenguaje que posibiliten un nuevo reconocimiento intersubjetivo sobre como desarrollar consenso social sin deformaciones o alienaciones. De este modo, critica el paradigma de la conciencia subjetiva, pasando al paradigma del lenguaje y de éste al de la comunicación, con un propósito concreto: restaurar y recuperar el potencial emancipatorio inscrito en el "mundo-de-vida", en aras de lograr un acuerdo intersubjetivo mediado por el lenguaje e inscrito en la pragmática universal del habla. Conforme lo anterior Habermas plantea que: "El núcleo racional de estas operaciones miméticas sólo podría quedar al descubierto si se abandona el paradigma de la filosofía de la conciencia, es decir, el paradigma de un sujeto que se representa los objetos y que se forma en el enfrentamiento con ellos por medio de la acción y se lo sustituye por el paradigma del lenguaje, del entendimiento intersubjetivo o comunicacional y, el aspecto cognitivo instrumental queda inserto en el concepto más amplio, de racionalidad comunicativa<sup>28</sup>". Se comienza a dar de esta manera el desplazamiento desde los postulados cognitivo-instrumentales hacia la racionalidad comunicativa. El lenguaje se erige pues, como constructo de un orden racional y universal.

De esta manera, la necesidad de conseguir un referente para su teoría racional-normativa lo lleva a la teoría del lenguaje –giro lingüístico– y de

---

<sup>28</sup> Ibíd, 491.

ésta a su *Teoría de la Acción Comunicativa*. Con estos postulados<sup>29</sup> comienza Habermas a replantear su teoría comunicativa como aquel espacio al que pueden recurrir los individuos para abordar los conflictos mediante acuerdos dialógicos. Sólo los sujetos capaces de lenguaje y acción pueden ser racionales. “Llamamos racional a una persona que se muestra dispuesta al entendimiento y que ante las perturbaciones de la comunicación se muestra reflexivo sobre las reglas lingüísticas”<sup>30</sup>. Para Habermas, la razón comunicativa no es una acción subjetiva asignada a un actor individual; por el contrario, la práctica comunicativa cotidiana proporciona el modelo de la racionalidad discursiva que, al mantener el debate dentro de los procedimientos discursivos, garantiza la imparcialidad de las normas.

En términos de Habermas, la comunicación es esa manera peculiar de entendimiento en el que todos los participantes se someten a sí mismos a la “coacción no coactiva del mejor argumento” con la finalidad de llegar a un acuerdo sobre las pretensiones de validez problematizadas. Por consiguiente, el consenso así obtenido no es resultado de concepciones individuales, sino que es el efecto de haberse sometido a sí mismos al razonamiento y a la fuerza de la argumentación. La intención básica de la que parte Habermas al desarrollar su teoría de la competencia comunicativa es proporcionar un fundamento teórico-normativo a la investigación social, pues una sociedad que sólo apueste a los mecanismos instrumentales de la economía y el poder no podría ni puede

---

<sup>29</sup> Habermas se inscribe teóricamente en las propuestas del contrato social de Rousseau, del proyecto de eticidad de Hegel y del imperativo categórico de Kant, entre otras. Al respecto S. Benhabib, afirma que, siguiendo las huellas del imperativo categórico de Kant, el modelo procedimental de una práctica argumentativa reemplaza el silencioso experimento-pensante que sigue la idea kantiana de la universalidad. Benhabib, S, “Situating the Self. Gender Community and Postmodernism” in *Contemporary Ethics*, New York: Routledge, 1992 pág. 24.

<sup>30</sup> Habermas, J, *Teoría de la acción comunicativa...*, op.cit., pág. 42.



construir mecanismos consensuales más democráticos que son los que interesan en esta perspectiva a Habermas.

De lo dicho anteriormente y siguiendo el hilo del pensamiento habermasiano, se puede decir que las categorías 'afectados por las normas', 'sujetos de acción', 'acción comunicativa', 'justificación racional de normas', etc., conducen al tema de este capítulo y a los planteamientos habermasianos sobre el principio discursivo y los derechos fundamentales. En la terminología del autor, tratar al otro como un interlocutor válido exige que debe ser reconocido como persona con capacidad de entablar pretensiones de validez tendientes al entendimiento –derecho de participar activamente en el diálogo y en la producción de normas– así como en serle reconocidas unas garantías institucionales manifiestas en el Estado de derecho en derechos fundamentales. Para justificar lo anterior, Habermas apela a la estructura dialógica del lenguaje como fundamento del conocimiento y de la acción, participando así de la corriente del denominado 'giro lingüístico' en filosofía<sup>31</sup>. Como resultado deduce la categoría de 'acción comunicativa', donde la racionalidad está dada por la capacidad de entendimiento entre 'sujetos capaces de lenguaje y acción' mediante actos de habla cuyo trasfondo es un 'mundo de la vida' de creencias e intereses no explícitos y acríticamente aceptados por las comunidades de comunicación. La *Teoría de la acción comunicativa*<sup>32</sup>, es para Habermas, el principio

---

<sup>31</sup> En este sentido ver. Lafont, C, *La razón como lenguaje*, Madrid, Visor, 1993 y una versión ampliada en *The linguistic turn in hermeneutic philosophy*, Cambridge, Mass, 1999.

<sup>32</sup> En las páginas finales de *Teoría de la acción comunicativa* –segundo tomo– Habermas manifiesta que el propósito de su investigación era introducir la teoría de la acción comunicativa para dar razón de los fundamentos normativos de una teoría crítica de la sociedad. Es crítica por cuanto busca afirmar la racionalidad y la autorreflexividad de las prácticas comunicativas en busca de la obtención de consensos. *Teoría de la acción comunicativa*, es además, el marco teórico para el proyecto de análisis y de estudios interdisciplinarios sobre la racionalización capitalista moderna desde una perspectiva filosófica.

explicativo de una teoría de la sociedad fundada en una teoría del lenguaje y en el análisis de las estructuras generales de la acción, de allí que, el rasgo característico de los seres humanos será la racionalidad manifestada 'objetivamente' en el 'lenguaje'. Como afirma Habermas, la acción comunicativa se apoya en un modelo que, por así decirlo, está implícito desde el principio en el intento de establecer un entendimiento lingüístico. “La interacción lingüísticamente mediada exige el establecimiento de consenso y con la función de coordinar la acción mediada por normas. El entendimiento lingüístico funciona como mecanismo coordinador de la acción de modo que los participantes en la interacción se ponen de acuerdo sobre la validez que pretenden para sus actos de habla, es decir, se reconocen intersubjetivamente pretensiones de validez susceptibles de crítica”<sup>33</sup>. Por consiguiente, para Habermas lo que se convierte en objeto de examen discursivo no es la pretensión de rectitud directamente ligada al acto de habla, sino la pretensión de validez de la norma subyacente.

De esta manera, el lenguaje socialmente compartido puede funcionar como un recurso que posibilita seguir unas reglas y poder entenderse por medio de éstas. El hecho de suministrar razones en pro o en contra de una argumentación, lleva a tomar mejores decisiones racionales siempre y cuando sean logradas intersubjetivamente y mediadas por el lenguaje. Al respecto confirma: “Se tiene que elegir una expresión inteligible para que el hablante y oyente puedan entenderse entre sí; el hablante tiene que tener la intención de comunicar un contenido proposicional verdadero para que el oyente pueda compartir el saber del hablante; el hablante tiene que querer manifestar sus intenciones verazmente para que el oyente pueda creer en sus emisiones (confiar en él); finalmente el

---

<sup>33</sup> Habermas, J, *Teoría de la Acción Comunicativa* T. II, Taurus , 1987, pág. 482.

hablante tiene que elegir una emisión correcta en relación con las normas y valores vigentes para que el oyente pueda aceptar su emisión, de modo que hablante y oyente puedan coincidir entre sí en lo que se refiere al trasfondo normativo reconocido”<sup>34</sup>.

Los procesos argumentativos de dar razones mediante el lenguaje, no son ajenos a los procedimientos democráticos de seguir y aceptar normas y reglas. En este contexto es ilustrativo el asentimiento de A. Wellmer quien reitera que cuando argumentar a favor de una norma jurídica –o de un sistema de normas jurídicas– equivale a intentar demostrar, con razones y ante a cada uno de los afectados, porqué todas las personas razonables deberían poder juzgar como igualmente ventajoso para todos la vigencia social de una o varias de esas normas<sup>35</sup>. De esta forma, la pretensión de validez normativa busca que las afirmaciones o cuestionamientos realizadas por el hablante estén lo suficientemente bien fundamentadas racionalmente; una norma es correcta en estas circunstancias si ha sido el resultado de un proceso justificado argumentativamente dentro de unas reglas generales del discurso y logrado mediante consenso argumentativo<sup>36</sup>.

Por tanto, la manera de encontrar un referente común que sirva de explicación racional para regular los diversos conflictos de las normas de acción, en sociedades pluralistas, es una constante para autores que, como Habermas, pretenden buscar un punto de encuentro que les sirva para justificar un entendimiento compartido por los diversos miembros de

---

<sup>34</sup> *Ibíd.*, pág. 176.

<sup>35</sup> Wellmer, *Ética y diálogo*, Anthopos, 1994, Prólogo de María Pía Lara, pág. 105.

<sup>36</sup> Alexy. R, “La pretensión de corrección del derecho”. *La polémica Alexy/Bulygyn sobre la relación entre derecho y moral*, Universidad Externado de Colombia, 2001. Pág. 27. Alexy propone una pretensión de corrección justa desde una adecuación a la fundamentación normativa y a la moralidad crítica introducida en el ordenamiento por medio de los procedimientos democráticos.

una comunidad jurídica. La búsqueda de acuerdos normativos compartidos socialmente –siguiendo en esta línea a Habermas– llevan al siguiente cuestionamiento: ¿Cómo desarrollar acciones discursivas, no sólo estratégicas, por parte de las instituciones, sin entrar en confrontación abierta con los individuos que ponen a prueba su legitimidad? En otras palabras, ¿cómo hacer para que las normas que regulan las conductas de los individuos no sean sólo normas impositivas, sino que pueda existir un equilibrio entre la racionalidad de seguir una norma y la coacción inmanente del derecho? ¿Cómo pueden las decisiones judiciales contribuir a canalizar y orientar las diferentes manifestaciones sociales, siguiendo un procedimiento de aprendizaje constitucional, de tal forma que las estructuras democráticas sean tomadas en serio por todos los actores sociales en cuanto interlocutores racionales? Estos interrogantes llevan a que Habermas perciba en el principio discursivo, un fundamento –estándar– de racionalización estructurado normativamente que oriente y coordine las diversas acciones normativas –éticas, morales, jurídicas y políticas–, con la posibilidad de lograr acuerdos intersubjetivos mediante justificaciones compartidas por los individuos y grupos, en tanto seres reflexivos que propenden a lo razonable en sentido rawlsiano.

De esta manera, la necesidad de repensar la discusión sobre las normas, la legitimidad normativa y el acuerdo racional que han de regir a los individuos, conduce a las primeras formulaciones que realiza Habermas sobre el principio discursivo. El carácter discursivo de validación de normas se encuentra abordado de la siguiente manera: “una norma sólo puede considerarse válida si pudiera encontrar el asentimiento en el círculo de los afectados bajo condiciones de una formación discursiva de

la voluntad común<sup>37</sup>. Lo anterior significa que la esencia del lenguaje está establecida en su capacidad de lograr acuerdos normativos racionales, por conducto de acciones orientadas al entendimiento; este postulado le sirve a Habermas para introducir el *principio discursivo* de forma reflexiva, en cuanto los destinatarios de las normas pueden sentirse coautores de las mismas, convenciéndose unos a otros argumentativamente de que las normas y principios jurídicos y democráticos logrados por medios democráticos merecen ser reconocidas por todos los participantes.

Tal como fue expuesto por Habermas en *Teoría de la acción comunicativa* –y en sus posteriores explicaciones–, el principio discursivo manifiesta, en su estructura, formas reflexivas de comunicación tendientes a introducir en el derecho moderno tanto pretensiones de validez, provenientes de la acción comunicativa, como acciones dirigidas a la consecución de fines. Las pretensiones de validez deben producir por tanto en el derecho moderno, mecanismos de control para las acciones estratégicas. De esta manera, los procesos de discusión en los asuntos públicos elaborados con claras garantías para todos los afectados que han hecho parte en el “discurso práctico”, deben posibilitar que todas las acciones relevantes vengan cubiertas por una doble faz: la coerción normal del derecho y la aceptabilidad racional de los afectados o amparados por dichas normas. De lo anterior se sigue que unos principios claros de ‘reglas de juego’ hacen posible entendimientos menos violentos. Como dice García Amado, puesto que el consenso real puede ser fruto de la manipulación o coacción, la única manera de que tal reconocimiento pueda tener lugar de modo racional es arbitrando un

---

<sup>37</sup> Habermas, J , *Teoría de la acción comunicativa: Complementos y estudios previos*, Cátedra, 1989, pág. 432.

procedimiento argumentativo en el que las partes expresen sus argumentos y contraargumentos<sup>38</sup>.

Es prioritario recordar que Habermas ha estado interesado en cómo se puede justificar racionalmente, desde postulados argumentativos –mediante criterios de validez normativa–, principios y normas que guíen las conductas de los individuos y grupos sociales. Cuando plantea que “una norma es válida sólo cuando pueden todos aceptarla libremente”, está tratando de fundamentar una norma válida y aceptada por todos los sujetos implicados. Sólo por medio de la participación ciudadana facilitada a partir procedimientos argumentativos se puede obtener la validez de los principios y normas que rigen el comportamiento social. Las pretensiones de validez operan de esta manera como extensión normativa que se traduce en la práctica como ‘principio discursivo’. Así, el principio discursivo remite a una doble relación; al Estado y a la deliberación en la esfera pública; de allí que esté adscrito a lo público por excelencia.

Conforme lo anterior, Habermas replantea nuevamente en *Facticidad y validez* el principio del discurso, que le servirá como referente al sistema democrático y jurídico de los estados democráticos de derecho. Lo expone de la siguiente manera: “Válidas son todas las normas (y sólo aquellas normas) a las que todos los que puedan verse afectados por ellas pudiesen prestar su asentimiento como participantes en discursos racionales<sup>39</sup>”. Habermas pretende así, explicar el punto de vista desde el

<sup>38</sup> García Amado, J, *La filosofía del derecho en Habermas y Luhmann*, Universidad Externado de Colombia, 1997, pág. 74.

<sup>39</sup> Habermas, J. *Facticidad y Validez. Sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Trotta, 1998, pág. 172. En el planteamiento de McCarthy el principio discursivo se puede entender conforme la pregunta que este autor realiza sobre la imparcialidad: ¿Cómo podemos esperar de forma razonable, llegar a acuerdos universales

que pueden *fundamentarse imparcialmente* normas de acción. Este principio pretende dar cuenta de condiciones de simetría, en las cuales los ciudadanos puedan fundamentar, imparcialmente, las normas que intenten buscar el interés de todos por igual.

El “principio del discurso” se aplica al principio democrático, el cual tiene como fin establecer las bases procedimentales por la cual los ciudadanos establecen las normas jurídicas que se presentan en forma de derecho. “De ahí que el principio democrático tenga no sólo que fijar un procedimiento de producción legítima de normas jurídicas, sino que tenga que regular y controlar también el propio medio que es el derecho”<sup>40</sup>. Analizada en esta perspectiva, el principio discursivo ha de interpretarse como un argumento racional que acoge concepciones pluralistas, pues al tener la capacidad de articular variados intereses particulares, éste se convierte en sustento teórico, a la vez que funciona como mecanismo reflexivo en la construcción y producción de normas legales y legítimas. Lo que ha de entenderse como la necesidad de encontrar una teoría normativa lo más amplia posible, que logre entretejer lo institucional con la racionalidad discursiva, a modo de legitimar procedimientos legales.

El principio discursivo, al aplicarse a las normas jurídicas –deducido del principio general de acotación de las normas prácticas–, se convierte en “principio democrático”. Habermas corrobora esto cuando declara: “El principio de discurso ha de empezar adoptando, por vía de

---

sobre la aceptabilidad de las consecuencias de una norma para la satisfacción legítima de necesidades, en una sociedad pluralista? Thomas McCarthy, *Ideales e ilusiones*, Ténos, 1992, pág. 195.

<sup>40</sup> Habermas, J. *Facticidad y Validez...*, *op.cit.*, pág. 176. Conforme al principio discursivo, el procedimiento de producción legítimo de normas se operativiza de acuerdo con las cuestiones discursivas que trate: moral, ética, jurídica o pragmática.

institucionalización jurídica, la forma de un 'principio democrático', que proporcione a su vez al proceso de producción del derecho, fuerza generadora de legitimidad. La idea decisiva es que *el principio democrático* se debe al entrelazamiento del principio del discurso con la forma jurídica"<sup>41</sup>. El principio democrático permite que las justificaciones, tanto de índole moral como ético, político y pragmático, sean debatidas según los múltiples intereses y permita llegar a opciones racionales de interés común. Según Habermas, "como participantes en tal proceso de formación discursiva de la opinión y de la voluntad, los ciudadanos no están haciendo otra cosa que poner en práctica su derecho a la autodeterminación"<sup>42</sup>.

En esta línea de argumentación, Habermas introduce los derechos fundamentales, como categorías discursivas basadas en el principio moral, jurídico y democrático, especificándose en el caso concreto de acuerdo a las diferentes cuestiones que trate. Así, el *principio democrático* resulta de una correspondiente especificación del principio 'D' o 'principio del discurso' para aquellas normas de acción que se presentan en forma de derecho y que pueden justificarse, con ayuda de razones pragmáticas, de razones ético- políticas y de razones morales, y no sólo con ayuda de razones morales"<sup>43</sup>. El *principio moral* sólo resulta

---

<sup>41</sup> Ibíd., pág. 187.

<sup>42</sup> Ibíd., pág. 348.

<sup>43</sup> Ibíd., pág. 173. Si bien existe una "complementariedad" entre derecho y moral, uno no se supedita al otro, como puede suceder en el derecho natural; o una incorporación circunstancial como opera en el positivismo metodológico. Para este último, la moral no puede ser fuente directa del derecho. A juicio de Luis Prieto, el positivismo metodológico "postula una aproximación neutral al derecho en la que no tienen cabida planteamientos de obligatoriedad moral". Prieto Sanchíz, L, *Constitucionalismo y positivismo*, Fontamaram México, 1997, pág. 26. Desde el desarrollo de este trabajo, se opta por una postura no positivista metodológica, en cuanto considero que el derecho necesita justificarse racionalmente para no quedarse en la sola aplicación de la coacción, la legalidad y la eficacia, esto abre la posibilidad de poder presentarse como un sistema de integración social validado democráticamente que persigue decisiones correctas para sus destinatarios como afirma Alexy.



de una especificación general del discurso para aquellas normas de acción que puedan justificarse desde el punto de vista inclusivo de los intereses de todos por igual. El *principio jurídico* establece que sólo tienen validez legítima aquellas normas jurídicas que pudiesen alcanzar el asentimiento de todos los miembros de una comunidad jurídica en un proceso de producción discursiva de esas normas jurídicas. Intenta Habermas de esta manera garantizar el sistema de los derechos y regular la integración social por medio de procedimientos jurídicos argumentativos y, donde se posibilite, institucionalizar dichas prácticas, en aquellos espacios democráticos contruidos en democrática forma y garantizados jurídicamente; esto es lo que le permite exponer la “génesis lógica de los derechos” y la fundamentación de éstos, como medios de autoorganización social.

El principio del discurso y su simetría se manifiesta en concreto en los derechos fundamentales como: “el grado posible de iguales libertades subjetivas de acción<sup>44</sup>”. Cabe recordar que el principio ‘D’ propuesto por Habermas, pasa a ser un principio jurídico, cuando es deducido de la teoría del discurso, elaborada desde lo que él denomina “la pragmática universal”. Desde el análisis de McCarthy, el modelo del principio discursivo empleado por Habermas es una reinterpretación de la ética kantiana, en donde se somete a discusión “mi máxima”, con el fin de evaluar discursivamente su pretensión de universalidad<sup>45</sup>.

---

<sup>44</sup> Da la impresión de que Habermas entiende los derechos fundamentales como deducidos de una concepción predeterminada como ocurre en el iusnaturalismo. No lo creo así, ya que lo que pretende Habermas es mostrar la importancia de la autonomía privada y ser así portadores de derechos subjetivos, de un lado, y del otro, mostrar la génesis lógica de la formación de los derechos. Se volverá sobre ello más tarde.

<sup>45</sup> McCarthy, T, *Ideales e Ilusiones...*, op. cit, pág. 222.

El principio del discurso –que en Habermas ha de entenderse no sólo como la imparcialidad del juicio de lo que es moralmente correcto y válido para todos, sino, desde los discursos ético, político y pragmático<sup>46</sup>–, al institucionalizarse desde los procedimientos de participación ciudadana, pasa a convertirse en principio democrático; por medio de éste se legitiman los derechos fundamentales y las normas jurídicas, provenientes de un proceso de formación racional deliberativo. El principio discursivo fundamenta las condiciones que han de satisfacer los derechos en general, si han de resultar aptos para la constitución y autoorganización de una comunidad jurídica<sup>47</sup>.

Las consideraciones sobre el sentido y alcance de los acuerdos políticos, del cómo abordar los elementos conflictivos de una determinada comunidad, del cómo hacer más reflexivos y argumentativos los desacuerdos, de cómo garantizar los derechos fundamentales, es una necesidad apremiante de una teoría que busque establecer reglas de convivencia que colmen las expectativas de todos los integrantes de la manera lo más generalizada que se pueda. De allí la necesidad de establecer, a partir del principio discursivo, aquellas normas válidas y legítimas coordinadas por medio del derecho, en tal forma que la pretensión de corrección normativa se devenga imparcial en su aplicación y proteja los derechos de los sujetos jurídicos ante las disposiciones de ciertas normas que les pueda afectar o beneficiar. Naturalmente –afirma Habermas– el principio discursivo deja abierto el tipo de argumentación, esto es, el camino por el cual puede alcanzarse un acuerdo discursivo.

---

<sup>46</sup> Los discursos pragmáticos tienen el propósito de elaborar recomendaciones técnicas o estratégicas que se valoran según criterios de eficacia, esto es, en términos de la viabilidad, efectividad y economía de las recomendaciones del caso.

<sup>47</sup> Habermas, J, *Facticidad y validez...*, op. cit., pág. 176.

Desde esta perspectiva, la concepción reflexivo-procedimental con la cual se ubica Habermas directamente en el terreno del principio discursivo, le permite realizar un 'giro' hacia la protección de los derechos fundamentales<sup>48</sup>: derechos de participación política, iguales libertades subjetivas de acción, institucionalización de las deliberaciones públicas, etc.

La prueba de que el principio discursivo deviene imparcial tiene que ver con aquellas normas aceptadas como válidas justamente si todos y cada uno pueden querer como vinculándose a sí mismo sobre las bases de su propia consideración"<sup>49</sup>. Así, "el cuantificador todos implica a cualquiera que pudiera ser afectado, viendo restringida su acción si la norma fuese aplicada de manera parcial. Sin embargo, también ha de ser 'razonable' porque se apoya en la capacidad humana de cooperar con otros para

---

<sup>48</sup> Otra de las relaciones que se pueden establecer entre el principio discursivo y la concepción de los derechos fundamentales en la teoría habermasiana, se podría formular a partir del interrogante : ¿cómo se pueden institucionalizar las pretensiones comunicativas del principio del discurso de tal forma que se integren desde la autonomía privada y la soberanía popular las normas de convivencia que tendrían que poder asentar todos los afectados por la misma y, al mismo tiempo, ser coautores de sus derechos? El intentar responder este interrogante lleva a Habermas a proponer cuatro rasgos básicos que posee la estructura de cualquier argumentación, supuesto un proceso discursivo orientado al entendimiento; discursos que de hecho sostenemos diariamente:

1. Nadie que pueda hacer una contribución relevante, debe ser excluido de la participación.
2. A todos se les dan las mismas oportunidades de hacer sus aportes.
3. El sentido de los juicios de validez ha de tener carácter general.
4. La posibilidad de distinguir cognitivamente entre juicios morales correctos e incorrectos.
5. La comunicación tiene que estar libre de coacciones, tanto internas como externas, susceptibles de crítica y motivadas por la fuerza de convicción del mejor argumento. Ver Habermas, J. *La Inclusión del otro, Estudios de teoría política*, Paidós, 1999, pág. 76. Alexy expone de forma similar al planteamiento habermasiano, sus reglas de tipo no-monológicas. "Una norma puede encontrar aprobación universal en un discurso sólo si las consecuencias de su cumplimiento general para la satisfacción de los intereses de cada individuo pueden ser aceptadas por todos sobre la base de argumentos". Alexy, R, *El concepto y la validez del derecho ...*, op.cit., pág. 138.

<sup>49</sup> Habermas, J, "Justice and solidarity", in Fisk, M. (ed); *Justice, Humanities*, Press, New Jersey; 1993, pág. 89.

establecer marcos jurídicos, morales, éticos y pragmáticos que permitan la realización de estos derechos. En la medida en que la justificación del principio discursivo sea más amplio, la posibilidad de coordinación de la acción, por medio de la coacción, se deviene menos impositiva. El principio del discurso presenta una fundamentación en sentido cognitivo, que le sirve para filtrar temas, razones e información, así como velar porque el resultado alcanzado finalmente haya sido lo más racional posible. Mediante éste, la racionalidad de los procedimientos se traslada a las condiciones de imparcialidad bajo las cuales tienen lugar las futuras discusiones.

Si bien el principio discursivo no puede por sí mismo pretender que se satisfagan todas las exigencias de los afectados, sí posibilita actualizar la solidaridad e integrar la autonomía dispersa de sujetos individuales y de colectividades en torno a principios de legitimidad democrática y de derechos fundamentales, pues como se ha mencionado, el principio discursivo se obtiene de la reflexividad de la acción comunicativa. A esto es a lo que se refiere el autor cuando afirma que la práctica comunicativa cotidiana se exige demasiado a sí misma con sus propias presuposiciones idealizadoras; pero sólo a la luz de esa trascendencia intramundana pueden producirse procesos de aprendizaje.

Para ser más objetivos con el punto que se viene analizando teóricamente, se desarrollará seguidamente algunas críticas al modelo del principio discursivo, específicamente se considerarán las reformulaciones que les ha dado Habermas con relación a sus anteriores planteamientos. Igualmente se abordará los correcciones significativas que ha realizado el autor con relación al consenso, el derecho, las

pretensiones de verdad y la teoría discursiva especialmente a partir de *Facticidad y Validez*.

### **3. Algunas críticas a la propuesta habermasiana del principio discursivo.**

Para Habermas ha sido complejo sostener sus primeras formulaciones del principio discursivo. Las críticas han provenido de diferentes frentes<sup>50</sup>, y dentro de éstas se encuentra Seyla Benhabib. Esta autora se sitúa dentro de la línea que ha venido replanteando la Teoría Crítica<sup>51</sup>; a partir de ésta retoma elementos normativos para analizar la ética comunicativa habermasiana y las teorías feministas, éstas, poco desarrolladas por las concepciones universalistas y formales de la primera. Sostiene que en el principio discursivo existe un formalismo exagerado, manifiesto en la concepción de una razón legisladora universal –se basa la autora en las críticas lanzadas otrora por parte de Hegel a Kant–, que ha llevado a que se desconozcan los sujetos como participantes activos en los discursos fácticos, así como sus situaciones vitales. La igualdad de trato sólo tiene efectos reales cuando los sujetos cuentan con condiciones simétricas reales en sus relaciones, pues, de no ser así, la igualdad formal continuará perpetuando la desigualdad.

Además, critica la situación ideal del habla, por considerar que es una construcción circular que presupone aquellas normas cuya validez se supone habría de establecer<sup>52</sup>. Considera que se hace necesario pasar

---

<sup>50</sup> Existe una extensa bibliografía al respecto. Ver: A. Cortina, *Ética sin moral*, Tecnos, 1992. Javier Muguerza, *Desde la perplejidad. (Ensayos sobre la ética, la razón y el diálogo)* F.C.E., 1990. Th. McCarthy, *La teoría crítica de Jürgen Habermas*, Tecnos, 1987. A. Giddens y otros, en *Habermas y la modernidad*, Cátedra, 1998. A. Welmer, *Ética y diálogo*, Anthropos, 1994.

<sup>51</sup> Benhabib, S., *Critique, Norm and Utopia*, New York, Columbia University Press, 1986.

<sup>52</sup> *Ibíd*, pág. 316.

de un “otro” generalizado a un “otro” concreto, lo que afianzaría la falta de solidaridad, la amistad, el amor y ante todo por la carencia de una *narratividad* propia de las historias de vida que se dejan percibir claramente en el principio discursivo. Propone reconstruir el principio de universalidad habermasiano, por permanecer insensible a los contextos sociales; ello ha llevado a que las personas no se comprometan con sus decisiones morales. Éste ha de darse en términos de una conversación continuada que se preocupe por un acuerdo racional o acuerdo general sobre prácticas normativas y relaciones morales en un estilo de vida concreto, esto es, el reconocimiento recíproco donde los participantes tienen alguna visión compartida, contextual entre un yo y un tú, lo que lleva a entender mejor la diferencia y los ámbitos privados de los que la ética discursiva se ha alejado<sup>53</sup>.

La autora recuerda a Habermas que los criterios de la racionalidad comunicativa han de provenir de los procesos de aprendizaje que pueden ser reconstruidos significativamente desde un universalismo contextualizado o interactivo –sensible a la narración– como gusta llamarlo. Lo que quiere decir Benhabib es que se hace necesario introducir, frente a los universalismos formales, una dimensión dialógica que escuche de igual manera a los “no oídos”, a los “sin voz”, a “los excluidos” y sobre todo aquellas concepciones que niegan nuestras “relaciones privadas”<sup>54</sup>. Por tanto, según Benhabib la universalización

---

<sup>53</sup> Benhabib S, “Situating the Self. Gender Community and Postmodernism” en *Contemporary Ethics*, New York: Routledge, 1992, pág. 38. Esta obra aborda varios temas tales como: el universalismo, la política moral, el proyecto de la modernidad, la crítica a las teorías de la justicia, etc.

<sup>54</sup> *Ibíd.*, pág. 163. Una propuesta que se acerca a la teoría de S. Benhabib y Th. McCarthy es la de E. Dussel. Este autor critica igualmente el formalismo de la ética del discurso. Expresa: “Habermas se ocupa largamente de la fundamentación del “único” principio formal de la Ética del Discurso. La ignorancia del principio material de la ética imposibilita el descubrir éticamente la imposibilidad de la reproducción y el desarrollo de la vida de cada sujeto

abstracta a la que tiende la teoría habermasiana, no debe desconocer la participación interactiva y contextualizada de los individuos en el aseguramiento de sus propias condiciones históricas. La universalización de la que parte las condiciones idealizadas del discurso –que protege los derechos de los individuos tanto en su autonomía y racionalidad– tendría que “situarse”. Los consensos no se logran en perspectiva hipotética; son el resultado de *intereses* y de procesos de formación accesibles a los grupos e individuos en determinadas situaciones<sup>55</sup>. Habermas le responde que la “ética del discurso se refiere a aquellos presupuestos de la comunicación que cada uno de nosotros intuitivamente tiene que hacer, siempre que quiera participar seriamente en una argumentación”<sup>56</sup>. En *Aclaraciones a la ética del discurso*, retoma Habermas los planteamientos de K. Günther para responder a la objeción de Benhabib, diciendo que “en el discurso de fundamentación –el que sigue la ética discursiva– solamente se prescinde de las inserciones contingentes en el contexto de una norma propuesta para que ésta última, en el caso que supere el test de universalización, esté suficientemente abierta a una aplicación sensible al contexto<sup>57</sup>”.

Habermas ha dicho igualmente que la escisión entre esfera pública y privada –que utiliza Benhabib para criticar el modelo de la ética

---

humano en comunidad en este o aquel sistema ético concreto”. Dussel, E, *Ética de la liberación*, Trotta, 2000, pág. 199. Propone como superación de la ética discursiva habermasiana, su ética de liberación; para ésta, los enunciados normativos pueden ser evaluativos (con pretensión de rectitud en su contenido material de valor), éticos en sentido fuerte (con pretensión de verdad práctica), o meramente morales (con pretensiones de validez moral). Ibíd, pág. 196. Dussel pretende **corregir** la ética discursiva, desde la no primacía entre lo moralmente obligatorio sobre lo que es éticamente deseable o preferible. Le apuesta a lo que denomina “co-determinaciones sin primacías”, ibídem.

<sup>55</sup> Benhabib S, “Situating the Self. Gender Community and Postmodernism”..., op.cit., pág. 221.

<sup>56</sup> Habermas, J, *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos...*, op. cit , pág. 442.

<sup>57</sup> Habermas, J, *Aclaraciones a la ética del discurso...*, op.cit., pág. 170.

comunicativa—, no se puede dar en la realización simultánea de los derechos fundamentales, ya que aquéllas son complementarias y se presuponen mutuamente “pues la teoría de los derechos no va necesariamente ligada a un recorte individualista del concepto de derecho”<sup>58</sup>. Antes bien, la esfera pública —universalidad en este caso— permite que se debatan condiciones de igualdad de oportunidades, así como aquellos derechos de grupos e individuos excluidos de los espacios políticos, económicos morales, jurídicos, etc.

En esta línea crítica, se encuentra A. Wellmer, continuador de la Teoría Crítica iniciada por la escuela de Frankfurt, quien ha controvertido en un primer momento, el programa homogenizador de la ilustración —en el que se encuentra Habermas— por haber escindido lo cognitivo, estético, moral y político<sup>59</sup>. Igualmente cuestiona la manera como la ética del discurso proyecta de forma equivocada a la validez deontológica de los preceptos morales, la conexión entre la validez y discurso real que se da en concreto en los casos jurídicos, esto es, no se da un deslinde claro entre

la teoría del discurso y su especificación para el derecho y la moral. Esta “asimilación conceptual” que realiza Habermas entre moral y derecho es equívoca, en términos de Wellmer. Lo anterior le sirve para cuestionarle a Habermas el vincular a los fundamentos universales las pretensiones consensualistas de la verdad, así como las teorías de la moral y las teorías cognitivistas que, al confrontarse a casos particulares, encuentran serios problemas, “pues sólo la comunicación real me va a permitir

<sup>58</sup> Habermas, *Facticidad y validez...*, op. cit., pág. 510.

<sup>59</sup> Wellmer, A. “Verdad, apariencia, reconciliación. La salvación estética de la modernidad según Adorno”, en *Sobre la dialéctica de modernidad y posmodernidad. La crítica de la razón después de Adorno*. Visor, 1993.



comprobar hasta dónde llega mi comprensión de las apreciaciones ajenas, a través de una comunicación real entre las personas involucradas”<sup>60</sup>. Controvierte igualmente el hecho de que los autores no pueden participar infinitamente en el diálogo<sup>61</sup>, de ahí que al consenso infinito le esté vedada por *principio* una parte de esa verificación que tanto necesita para poder fungir como criterio de verdad<sup>62</sup>. Se refiere con lo anterior, a la categoría de verdad expuesta por Habermas como paradójica, por referirse a un supuesto ideal más allá de la necesidad del entendimiento lingüístico, que no puede satisfacer su objetivo fáctico comunicativo por exigir demasiado

<sup>60</sup> Wellmer, A, *Ética y diálogo*, Anthropos, 1994, pág. 72. En este texto aborda el autor, problemas concernientes a las éticas kantianas, del juicio moral, la relación entre validez y fundamentación de la ética, la ética dialógica, etc.

<sup>61</sup> Esta es una crítica esbozada por Wellmer a la manera en que Habermas acude a Pierce, esto es, como cuando dice que: el consenso es el resultado “ideal” de un potencial acuerdo que se alcanzará el final de todos los razonamientos. Wellmer lo considera irreal.

<sup>62</sup> *Ibíd.*, pág. 233. Wellmer critica que Habermas utilice la idea del consenso, para justificar las teorías de la verdad y las teorías normativas. Si no se llega a los consensos, no por ello se infiere irracionalidad. *Ibíd.*, pág. 78. Una crítica similar a la expuesta por Wellmer sostiene E. Tugendhat en *Problemas de ética*, Crítica, 1988. En ésta, acentúa el componente “voluntad” —la comunicación no presenta un carácter cognitivo como sugiere Habermas en su teoría ética, sino que posee un carácter volitivo como capacidad de decisión individual— en la definición de lo moralmente correcto. Con ello quiere señalar la insuficiencia habermasiana de escorar, primero, las cuestiones morales a las cuestiones doxásticas (verdad), y a la “concreción” de las decisiones morales que se escapan del marco discursivo, en segundo lugar. Critica igualmente a Habermas el convertir el consenso en criterio de verdad y en base de la justificación racional, lo que lleva a que las condiciones ideales no se ajusten a las condiciones reales. *Ibíd.*, págs. 125-127. En *Lecciones de ética*, Gedisa, 1997. Tugendhat prepone una moral de respeto y estima recíproca sustentado en su idea de la “autodeterminación”; base del reconocimiento moral de otro. Aportar razones en pro o en contra de una decisión tomada, permite romper la circularidad a la que conlleva la teoría habermasiana de la situación ideal del habla. *Ibíd.*, pág. 145 y 161. Nótese la similitud de la crítica con la expuesta por Benhabib y Wellmer. Habermas ha respondido a la crítica de Tugendhat diciendo que “ciertamente, no nos es lícito equiparar sin más las convicciones morales al saber epistémico, pues las primeras nos dicen qué debemos hacer, mientras que sólo conocemos algo en sentido estricto cuando sabemos como se las han las cosas. Pero de ahí no se sigue que el saber cotidiano dominado intuitivamente no constituya saber alguno”. Habermas, *Aclaraciones a la ética del discurso...*, op.cit., pág. 128. Habermas rechaza igualmente de Tugendhat, el que pretenda fundamentar pragmáticamente sólo el uso práctico de razón, y dejar para los enunciados susceptibles de verdad el concepto semántico. Dice Habermas que Tugendhat fundamenta la primera desde una perspectiva interna, lo que lleva a que los individuos acepten la moral egocéntrica. “Los juicios morales y las normas pierden su sentido ilocutivo en la medida en que sólo pueden aspirar entonces a una validez relativa, es decir, a una validez que depende del resultado de una reflexión instrumental”. La verdad y la falibilidad son dos caras de la misma moneda. Habermas, *Verdad y justificación...*, op.cit., pág. 266.

de las limitadas capacidades de la razón, ya que no todos los participantes en el diálogo poseen la misma oportunidad de “capacidad para el juicio moral”<sup>63</sup>. Por tanto, para Wellmer, en una comunidad ideal de comunicación como el planteado por Apel y Habermas, se niegan las condiciones de posibilidad real del diálogo, de allí que lo “contrafáctico” –recurso al que se acude de manera hipotética–, se convierte en un mecanismo que imposibilita que las condiciones del diálogo se den aquí y ahora como base de una acción comunicativa dialógica, libre y abierta. Ante esto puede decirse que lo que Habermas intenta es explicar el supuesto normativo e idealizado que emplea todo aquel que participa seriamente en una argumentación, de allí que proceda a “destrascendentalizar” la comunidad ideal de comunicación, explicándola como “situación ideal de habla”, reteniendo para la misma el carácter idealizativo y regulativo necesarios para llegar a entendimientos acerca de las pretensiones de validez normativas; no es, por lo tanto, un mecanismo que posibilite las condiciones del dialogo aquí y ahora, sino, un supuesto que ha de reconstruirse racionalmente y del que no podemos prescindir.

Con relación a la objeción –del excesivo paralelismo entre cuestiones morales y las proposiciones asertóricas<sup>64</sup>–, Habermas ha respondido que

---

<sup>63</sup> Acá habría que cuestionarle a Wellmer su escepticismo para con aquellos que no pueden participar en el diálogo; pues a lo que invita la teoría habermasiana es a que se abran aquellos espacios obstaculizados para que todos los afectados puedan participar en igualdad de condiciones y sin obstrucciones. Cuando existen espacios cerrados para el diálogo, se está condicionando instrumentalmente a los que desean participar en él. Al respecto Habermas ha dicho que el discurso práctico exige la inclusión de todos los intereses de los afectados en cada caso y se extiende incluso a un examen crítico de las interpretaciones que nos permiten percibir determinadas necesidades como intereses propios. Ver al respecto, *Escritos sobre moralidad y eticidad*, Paidós, 1991, pág. 118.

<sup>64</sup> *Ibíd.*, pág. 246. En otra perspectiva de la discusión, C. Lafont le critica a Habermas el pretender fundamentar la corrección normativa mediante concepciones epistémicas de verdad. Plantea que tiene que haber un elemento realista en las cuestiones morales –como las hay en las cuestiones de hecho en torno a la idea de verdad–. Las cuestiones sobre lo

la validez de los juicios morales se miden por la naturaleza inclusiva del acuerdo normativo al que llegan las partes en conflicto. Apela por consiguiente, a normas merecedoras de reconocimiento en el círculo de destinatarios de las mismas. Especifica que no se trata de concretar hechos, como sucede en el mundo objetivo, ya que en éste, la verdad de un enunciado depende de si el estado de cosas existe o no, mientras que en el mundo normativo el criterio de validez son las pretensiones que se derivan de éstas. El desempeño discursivo de una pretensión de verdad significa que las condiciones de verdad interpretadas como condiciones de asertabilidad están satisfechas, ya que –afirma Habermas– nos está vedado el acceso directo a condiciones de verdad no interpretadas. En el caso de las pretensiones de validez normativas el acuerdo alcanzado

---

correcto o justo también refieren a “hechos”, pero el que un enunciado sea de facto en igual interés de todos –eso es lo que suponemos cuando decimos que algo es justo–, no equivale a que discursivamente todos estemos de acuerdo en ello –podemos estar equivocados al respecto–. Lafont propone que se debe incorporar el falibilismo por igual en las cuestiones morales y en las de hecho. Con lo anterior, critica a Habermas el reducir la pretensión de validez (verdad, corrección) a acuerdos discursivos. C. Lafont *La verdad como lenguaje*, Visor, 1993, pág. 245. Señala, igualmente, lo paradójico de un saber aceptado como condición ideal, pues al negársele su carácter falible o de ser complementado o mejorado, perdería su “conexión con capacidades humanas”. Lafont, “Dilemas en torno a la verdad”, en *Revista Theoría*, Nro. 23, 1995, pág. 113. Si bien, en *Verdad y justificación* Habermas acepta que en cuestiones de hecho la pretensión de verdad refiere también a una intuición realista – acepta parcialmente la crítica de Lafont–, no piensa que para las cuestiones normativas sea lo mismo. La razón práctica como acuerdo discursivo, conforma la idea misma de corrección. Habermas le ha respondido igualmente diciendo que el sentido crítico de la orientación de la verdad como una idea regulativa resulta claro precisamente cuando se idealizan las propiedades formales o procesuales de la argumentación, no sus objetivos. El desempeño discursivo de una pretensión de verdad significa que las condiciones de verdad interpretadas como condiciones de asertabilidad están satisfechas, de allí que concluya afirmando que en la teoría discursiva de la verdad, un enunciado es verdadero si, bajo las exigentes condiciones de un discurso racional, puede resistir todos los intentos de refutación mediante razones. Confirma aún más lo anterior cuando señala que: “los mandatos morales no se refieren a algo en el mundo objetivo tal y como lo hacen las expresiones constatativas, y sin embargo, al igual que éstas últimas sí que se refieren a algo objetivo. Lo debido no es ni una mera entidad ni una mera vivencia”. *Aclaraciones a la ética del discurso...*, op. cit., pág. 135. En el texto *Verdad y justificación* menciona que “la argumentación continúa siendo el único medio *disponible* para cerciorarse de la verdad, ya que las pretensiones de verdad que devienen problemáticas no pueden examinarse de otra forma”. Habermas, J., *Verdad y justificación*, Trotta, 2002, pág. 50.

discursivamente fundamenta el reconocimiento de la norma correspondiente<sup>65</sup>.

Igualmente le responde a Wellmer que en el sentido de la pretensión de validez se puede distinguir dos puntos de vista: por un lado respondiendo a la aquiescencia racionalmente motivada de todos los posible afectados merecida por una norma válida, y por otra parte atendiendo a todas las situaciones posibles en que la norma así susceptible de aquiescencia puede encontrar aplicación<sup>66</sup>.

De esta manera, el consenso logrado por medios discursivos tiene una connotación –una explicación– diferente para las pretensiones de verdad y otra diferente para las pretensiones de corrección de los juicios morales, jurídicos o políticos según sea el caso. –El último aspecto es el que se relaciona con el objetivo propuesto en este capítulo y por ende con el principio discursivo; por lo que no es pertinente detenerse en el primer argumento, tema que dispersaría el análisis de este trabajo<sup>67</sup>–. Para Habermas, Wellmer confunde la forma como se acude al principio del discurso, pues a éste no se recurre sólo para la explicación del principio democrático, sino que se lo emplea para la explicación imparcial de las diferentes normas de acción. “Pues el principio de discurso debe situarse en un nivel de abstracción que sea todavía neutral frente a la distinción entre moral y derecho”<sup>68</sup>.

Wellmer objeta, en el segundo sentido antes mencionado, el que en la interpretación teórico-consensual de una ética universalista del diálogo desarrollada por Habermas, aún resuenen ecos del “reino de los fines”

---

<sup>65</sup> Ibid., pág. 254.

<sup>66</sup> Habermas, *Aclaraciones a la ética del discurso...*, op. cit., pág. 146.

<sup>67</sup> Sobre éste aspecto, el libro de Habermas: *Verdad y justificación*, especialmente el capítulo III.

<sup>68</sup> Habermas, J, *Facticidad y Validez...*, op. cit., pág. 658.

de Kant, así como el de realizar “una pretensión de fundamentación fuerte y unidimensional. De allí que sugiera, en contraposición a las éticas discursivas, una ética comunicativa en la cual la validez intersubjetiva no necesite de un paradigma último como el expuesto para la “pragmática universal del habla”; sugiere, más bien, una pretensión de fundamentación débil y pluridimensional que determine las consecuencias y los efectos secundarios del seguimiento universal de una norma para cada caso particular”<sup>69</sup>. Ha criticado de igual forma la idea del principio discursivo, por cuanto éste se extiende para las normas morales, sin tener muy presente la validez de las normas jurídicas, ni logre explicar de un modo adecuado la diferencia entre las normas de fundamentación y normas de aplicación. “En el postulado U se amalgaman de manera confusa un principio moral universalista con un principio democrático de legitimidad, dando como resultado que al final dicho postulado no resulta convincente *ni* como principio moral *ni* como principio de legitimidad”<sup>70</sup>. Esto le lleva a reiterar que la sustancia normativa de las culturas democráticas modernas no pueden deducirse si se recurre no más que a un concepto de racionalidad discursiva<sup>71</sup>. Habermas ha respondido a ésta objeción, diciendo que al principio del discurso no se recurre exclusivamente para explicar el principio democrático como pretende sugerir Wellmer, sino que se lo emplea en general para la explicación del sentido de enjuiciamiento imparcial de cuestiones normativas de todo tipo<sup>72</sup>.

---

<sup>69</sup> Wellmer, A. *Ética y diálogo ...*, op.cit., pág. 39.

<sup>70</sup> Ibíd., pág. 81.

<sup>71</sup> Wellmer, A. *Finales de partida: la modernidad irreconciliable*, Cátedra, 1996, pág. 335. Igualmente objeta a la autonomía pública su preeminencia sobre la privada. Ibíd., pág. 182. Habermas ha dicho en reiteradas ocasiones que no existe contraposición entre la una y la otra ya que su génesis es de cooriginariedad.

<sup>72</sup> Habermas, J. *Facticidad y validez ...*, op.cit., pág. 658.

En cuanto a la “situación ideal del habla”, criticada por Wellmer, Habermas ha indicado la necesidad de mantener el contenido idealizador de los inevitables presupuestos pragmáticos de una praxis en la que, en idea, no deberían acabar imponiéndose sino los “mejores argumentos”. Hay que interpretar el consenso habermasiano, como aquellos acuerdos referidos a los presupuestos comunicativos que se establecen cuando se recurre a pretensiones de validez. Las idealizaciones funcionan en este contexto como suposiciones anticipantes de una praxis que pretende que las acciones racionales de los individuos no desemboquen en acciones estratégicas<sup>73</sup>. Como afirma Habermas la práctica argumentativa se debe caracterizar por un procedimiento que, mediante la consideración racional de *todas* las voces, temas y aportaciones relevantes, pudiera dar cuenta de la trascendencia que, con respecto del contexto, tiene la verdad que el hablante pretende para su enunciado<sup>74</sup>. Las exigencias de simetría expuestas por la “situación ideal del habla”, se deben entender como aquellas reivindicaciones que poseen los individuos y los grupos de poder participar en igualdad de condiciones en la toma de decisiones que les afectan, tanto en el procedimiento como en la evaluación de los resultados.

---

<sup>73</sup> Para Habermas, la acción estratégica es insuficiente para lograr acuerdos perdurables socialmente. Es oportuno traer a colación la crítica que esgrime Prieto Navarro – siguiendo a McCarthy– a la diferenciación entre acción estratégica y acción comunicativa expuesta por Habermas, al respecto dice “ni todas las interacciones mediadas por el lenguaje son acciones comunicativas, ni todas las interacciones estratégicas operan con abstracción del elemento consensual contenido en el habla racional”. Evaristo, Prieto Navarro, *Jürgen Habermas: acción comunicativa e identidad política*, CEC, 2003, pág 58. La crítica es válida a medias, pues en *Facticidad y validez*, la dicotomía no es tan radical como en *Teoría de la acción comunicativa*.

<sup>74</sup> Habermas, J, *Verdad y justificación ...*, op.cit., pág. 49. Habermas es consciente – acepta las críticas de Wellmer y Lafont– de que el nexo conceptual entre verdad y la asertabilidad racional, no comporta una relación defendible en condiciones ideales, ya que las razones pragmáticamente “irresistibles” no son, en el sentido lógico de la validez definitiva, razones “imperativas” o concluyentes. *Ibíd.*, pág. 49. Reitera sin embargo que el nexo conceptual irrebalsable no puede ofrecerse como un nexo conceptualmente indisoluble. La corrección sigue siendo por tanto para Habermas un “concepto” epistémico que funciona como pauta interpretativa para aquellas pretensiones de validez socialmente reconocidas.

Con relación a la no separación entre el derecho y las cuestiones referidas a la legitimidad, Habermas comienza a intuir que los discursos de fundamentación, encargados de la imparcialidad de las normas de acción, no pueden por si mismos encargarse de todas las circunstancias que se deriven en el momento de su aplicación. Igualmente, trata de suplir las carencias en mención con el aporte de la diferenciación entre normas de aplicación y normas de fundamentación, sustentado en los planteamientos de K. O. Apel y K. Günther. –Con esto busca explicar la forma de aplicación de las normas en un determinado modelo de Estado –Estado democrático de derecho– y la manera de manifestarse éstas en la protección de los derechos fundamentales, a la vez que garantizar la seguridad jurídica–. Esto le lleva a esbozar la relación procedimental de la democracia, por un lado, y la acción coercitiva que el derecho legítimo ejerce, por otro, en el momento de aplicar las normas provenientes de la actividad legislativa. Se presenta, de esta forma, una doble relación, tanto de complementariedad como “tensional” a la vez, entre el juez que aplica las normas y el legislador que las produce. –Se volverá sobre este tema en el segundo capítulo con mayor detalle–.

Otro autor que ha aportado elementos claros sobre esta polémica es Th. McCarthy, quien ha realizado contribuciones importantes a la teoría de Habermas. Centra sus análisis en las estructuras básicas de la comunicación desarrolladas por Habermas. En *Ideales e ilusiones* plantea que ante la pregunta que se hace Kant sobre ¿cómo es posible la experiencia en general?, en Habermas habría que entenderla de la siguiente manera: ¿cómo es posible el entendimiento mutuo (entre sujetos hablantes y actuantes)? Con esta pregunta según McCarthy, Habermas busca elucidar las estructuras de la interacción comunicativa

misma, promoviendo así la intersubjetividad de las acciones tendientes al entendimiento recíproco<sup>75</sup>. Se reconstruye el imperativo kantiano por un procedimiento de argumentación práctica dirigida a alcanzar acuerdos razonables entre quienes estén sujetos a las normas en cuestión. De esta intercomunicación se deriva el que los actuantes en el discurso práctico controviertan o no los diversos postulados, para tratar de ponerse de acuerdo sobre las diferencias o arreglos, pues como afirma McCarthy “en tanto norma para la argumentación, el principio de la universalización de Habermas está pensado precisamente para salvar el vacío que existe entre diferentes deseos y sentimientos, individuales y grupales, y las normas cuya validez todos aceptan porque son de interés general o común<sup>76</sup>”.

Con esto plantea que las construcciones racionales de las competencias universales –como las de la pragmática universal del habla– no pueden suscribir pretensiones *a priori* como la del proyecto kantiano, antes bien, han de ser comprobados en la interacción lingüística que realizan los sujetos a diario en las pretensiones de validez correspondientes. “La validez construida como aceptabilidad racional no es algo que pueda ser certificado en forma privada; anda ligada a procesos de comunicación en los que las pretensiones de cada uno se prueban argumentativamente por medio de la ponderación de razones en pro o en contra<sup>77</sup>”.

---

<sup>75</sup> McCarthy, Th. *Ideales e Ilusiones*, Técnos, 1992, pág. 142.

<sup>76</sup> *Ibíd.*, pág. 201.

<sup>77</sup> McCarthy, Th, “Constructivismo y reconstructivismo kantianos: Rawls y Habermas en diálogo”, en Gimbernat, José (ed). *La filosofía moral y política de Jürgen Habermas*, Editorial Biblioteca Nueva, 1997, pág. 37. McCarthy se pregunta ¿cómo distinguir un acuerdo alcanzado discursivamente, de una mera apariencia de racionalidad? Como respuesta, Habermas apela a un consenso alcanzado sólo en virtud de la “fuerza del mejor argumento”.



Sin embargo, para este autor, la utilización que hace Habermas de conceptos como: “los intereses de todos los afectados”, “el bien común”, “igualmente para todos”, no responden a las necesidades, valores e intereses que proporciona una cultura pluralista e individualista. A su modo de ver, ello implicaría “presumiblemente criticar y rechazar orientaciones de valor que estuvieran demasiado autocircunscritas o circunscritas a un grupo como para permitir la adecuada evaluación de las necesidades de otros participantes, así como el rechazar las orientaciones de valor imbuidas de racismo, sexismo, etnocentrismo, homofobia o cualquier otra perspectiva más corta que la universalista. En una palabra, sólo aquellas diferencias de valor compatibles con una orientación postconvencional sobrevivirán al discurso práctico”<sup>78</sup>.

Lo que McCarthy quiere decir es que hay que tener sensibilidad contextual, una sensibilidad que pudiera estar mermada por los rasgos más universales y formales del principio discursivo. Su intento se encamina a ‘encarnar’ los procesos de argumentación racionales en los procesos sociales de reconocimiento y aceptación de la diferencia, tanto desde el punto de vista moral como ético, esto es, buscar soluciones razonables y aceptadas por todos los afectados a los problemas de convivencia. Es “rebajar” la pretensión cognitivista y universalista del principio discursivo, hacia un “universalismo inclusivo”.

Cuestiona a Habermas en este sentido, que “aquellas concepciones de lo que es bueno para las comunidades de las que somos miembros no estén abiertas a la teoría discursiva”<sup>79</sup>. Esto le lleva a preguntarse sobre cómo podemos esperar alcanzar un consenso racional en una sociedad pluralista. Su propuesta se decanta hacia dos aportes a la teoría de

---

<sup>78</sup> McCarthy, Th, *Ideales e ilusiones* ..., op.cit., pág. 203.

<sup>79</sup> McCarthy, Th, “Constructivismo y reconstructivismo kantianos: Rawls y Habermas en diálogo”..., op.cit., pág. 50.

Habermas; de un lado estaría el alcanzar el consenso sólo si todos los participantes pueden ponerse de acuerdo sobre sus necesidades, voluntades políticas y valores, lo que implica “rebajar” la pretensión del consenso habermasiano y, por el otro, el derecho debe compensar las debilidades a que se ve sometido el principio de universalización, al separar lo justo de lo bueno<sup>80</sup>, ya que bajo condiciones de pluralismo valorativo, ni siquiera el discurso idealmente racional habría de conducir a un consenso racional. Agrega que “si los desacuerdos ético-políticos no son siempre, en principio, susceptibles de una única respuesta correcta, sus resoluciones procedimentalmente correctas no siempre serán *sustantivamente* aceptables, ni siquiera idealmente, para todas las partes”<sup>81</sup>. Cree que es posible llegar a acuerdos por “buenas razones”<sup>82</sup> como mecanismo que tienen los individuos y grupos de llegar a superar la intemperancia y la agresividad como únicas vías de abordaje de sus conflictos, acciones éstas que no permiten construcciones comunitarias.

La crítica del autor en mención radica, por tanto, en que ante la necesidad de llegar al consenso acerca de qué intereses son generalizables, Habermas deja sin muchas matizaciones las condiciones históricas y las especificidades espacio-contextuales de los acuerdos a que han de llegar los implicados en la situación ideal de habla, lo que ha llevado a que exista en la teoría de Habermas, una tensión entre la racionalidad de los consensos situados y la racionalidad del consenso presupuesto en dicha situación. Por tanto, según McCarthy “el ideal de

---

<sup>80</sup> McCarthy, Th, *Ideales e ilusiones* ...,op.cit., pág. 204.

<sup>81</sup> McCarthy, Th, “Unidad en la diferencia: Reflexiones sobre el derecho cosmopolita”, en *Revista Isegoría*, nro. 16, 1997, pág. 59. La apuesta de McCarthy se bifurca hacia la posibilidad de incluir en aquellos acuerdos que buscan sólo el consenso de fondo, la posibilidad real del disenso. Es una postura muy similar a la expuesta en España por Javier Muguerza.

<sup>82</sup> McCarthy, Th, *Ideales e ilusiones* ...,op. cit., pág. 208.

un consenso perfectamente racional tiene que incluir la posibilidad de sopesar reflexivamente la adecuación relativa de los marcos de referencia rivales”<sup>83</sup>.

En el artículo “Legitimacy and diversity: dialectical reflections on analytic distinctions”<sup>84</sup> extiende McCarthy nuevamente las críticas a Habermas. Allí, examina el concepto de derecho y de legitimidad democrática desarrollado por Habermas desde *Teoría de la acción comunicativa* a *Facticidad y validez*. McCarthy, reprocha nuevamente a Habermas el que éste le atribuye demasiada importancia a la búsqueda del consenso, razón que no le ha permitido a Habermas hacer demasiado énfasis en el disenso, por tanto, según McCarthy, Habermas “no ha logrado ofrecer una explicación realista de la forma como se podrían resolver legítimamente los problemas de una sociedad democrática y pluralista”<sup>85</sup>.

Pero la dimensión realmente problemática del concepto de legitimidad democrática se haría visible sobre todo en *Facticidad y validez* donde, en opinión de McCarthy, Habermas no tendría suficientemente clara la diferencia que existe entre examinar normas morales desde un punto de vista moral, estrictamente universal y completamente descontextualizado<sup>86</sup> y examinar normas jurídicas desde el punto de vista

---

<sup>83</sup> McCarthy, T, *La Teoría Crítica de Jürgen Habermas...*, op.cit., pág. 354. Habermas piensa que es posible mostrar que en el plano conflictivo, es irrealizable llegar a acuerdos racionales desde opciones valorativas. Para McCarthy, en la medida en que la significación moral y política de un acuerdo razonable sea válido, depende de que proporcione una alternativa a la coacción como medio de coordinación social. Ver “Constructivismo y reconstructivismo kantianos: Rawls y Habermas en diálogo”..., op.cit., pág. 53 y 54.

<sup>84</sup> McCarthy, “Legitimacy and diversity: dialectical reflections on analytic distinctions”. En Arato, Andrew and Rosenfeld, Michael (eds). *Habermas on Law and Democracy: Critical Exchanges*. Berkeley, California University Press, 1998. Pág. 135.

<sup>85</sup> *Ibíd.*, pág. 138.

<sup>86</sup> Critica igualmente a Habermas el decir: “que la primacía la tiene la cuestión de cómo puede regularse una materia en interés de todos por igual”. *Ibíd.*, pág. 139. Habermas no ha sido

de la justicia. Como dice McCarthy: “Al deliberar sobre leyes y políticas particulares, normalmente estamos considerando normas que no pretenden vincular a toda la humanidad, sino sólo a los miembros de nuestra ‘propia colectividad’, esto es, precisamente a la comunidad cuya identidad y cuyos valores están en cuestión en la auto-clarificación ético-política”<sup>87</sup>. Por consiguiente, para McCarthy, si se abordan normas jurídicas desde el punto de vista de la justicia –lo que es igualmente bueno para todos–, no se debe prescindir de aquellos contextos particulares, ya que en medio del pluralismo razonable típico de las sociedades modernas, es de esperar que cualquier solución propuesta a cuestiones éticas fuertemente controvertidas entre en conflicto con las convicciones más profundas que tienen algunos acerca de lo que es valioso e importante en la vida; de ahí la necesidad de abrir un espacio para el desacuerdo razonable, esto es, considerar también legítimas aquellas normas jurídicas que sean aceptables para todos por las mismas razones procedimentales aunque no por las mismas razones sustantivas.

Por tanto, y en relación con lo anterior –continúa McCarthy–, los esfuerzos procedimentalmente correctos por llegar a un acuerdo racionalmente motivado bien pueden encontrarse con diferencias en orientaciones de valor, interpretaciones de necesidades, auto-comprensiones, visiones del mundo, y demás. Y si aquellas diferencias

---

ajeno a dichas críticas, pues en respuesta a McCarthy ha manifestado: “durante dos décadas, McCarthy ha planteado dudas hermenéuticas acerca de las fuertes pretensiones sistemáticas de la reconstrucción racional, especialmente cuando están asociadas a suposiciones evolutivas. Así, no estoy tan sorprendido por el propósito general de su crítica, que ahora tiene un matiz pragmatista más pronunciado, como por su posición antiuniversalista”. Habermas, “Reply to symposium participants, Benjamin N. Cardozo School of Law”. En Arato, Andrew and Rosenfeld, Michael (eds). *Habermas on Law and Democracy: Critical Exchanges*. Berkeley, California University Press, 1998. Pág. 390.

<sup>87</sup> McCarthy, “Legitimacy and Diversity: Dialectical Reflections on Analytic Distinctions”..., op. cit., pág. 135.

son básicas para las identidades de los grupos o individuos involucrados, ellos bien pueden considerar cualquier compromiso que las viole como malo, incorrecto y racionalmente inaceptable por las razones substantivas que los convencen a ellos. Si, al final, aceptan sin embargo un resultado formalmente correcto del proceso político como legítimo, será sólo a causa de su corrección formal<sup>88</sup>.

Frente a éstas críticas<sup>89</sup>, Habermas ha sostenido las siguientes puntos: en primer lugar, que si bien es cierto que los conflictos que ponen en juego valoraciones fuertes no parecen susceptibles de una solución consensual cuando cada cual los considera desde su propio punto de vista, es posible sin embargo hallar esa solución cuando se consideran las cosas desde un punto de vista moral. Como segundo, que la producción de normas se haya primariamente sujeta al punto de vista de la justicia y por este lado tiene su criterio primario de corrección en los principios que dicen qué es bueno para todos por igual. A diferencia de las cuestiones éticas, las cuestiones de justicia no están referidas de por sí a un determinado colectivo y a su forma de vida. El derecho políticamente establecido de una comunidad jurídica concreta, para ser legítimo, tiene que estar al menos en consonancia con principios morales, los cuales pretenden también validez general allende la comunidad jurídica concreta<sup>90</sup>.

---

<sup>88</sup> Ibid., pág. 137. Igualmente pág. 124, donde dice: "Los participantes reflexivos serán conscientes de la «particularidad» de las visiones morales generales y comprensivas, de sus raíces en tradiciones, prácticas y experiencias particulares. Si son falibilistas y consideran que las instituciones y procedimientos políticos básicos de su sociedad son justos, bien pueden considerar las decisiones colectivas que surgen de ellos como legítimas y en consecuencia como «merecedoras de reconocimiento» aún cuando no estén de acuerdo".

<sup>89</sup> Habermas, "Reply to symposium participants, Benjamin N. Cardozo School of Law". En Arato, Andrew and Rosenfeld, Michael (eds). *Habermas on Law and Democracy: Critical Exchanges*. Berkeley, California University Press, 1998.

<sup>90</sup> Ibid., Pág. 398.

Con lo anterior Habermas explica a McCarthy, que si quienes se involucran en una argumentación con el propósito de buscar solución a sus problemas no partieran del supuesto de que en principio es posible encontrar una solución correcta al problema en cuestión, “los participantes no tendrían ninguna idea de lo que están buscando”, “las disputas políticas perderían su carácter deliberativo y degenerarían en luchas puramente estratégicas por el poder<sup>91</sup>”. Es un *supuesto* del que tienen que partir quienes se involucran en una argumentación, ya sea que esta argumentación tenga lugar en el mundo de la vida o en las condiciones del procedimiento democrático; forma parte de las condiciones de sentido de la argumentación, es una posibilidad sin el cual la argumentación carecería de sentido como sostiene el propio Habermas en su réplica a McCarthy.

Igualmente ha respondido a la objeción de McCarthy de relacionar los aspectos pragmáticos, éticos y morales con tipos específicos de materias legislativas, argumentando en tercer lugar que las normas generales deben ser aplicadas de manera adecuada al contexto desde los diferentes planos argumentativos<sup>92</sup>: ético-moral, pragmático y jurídico.

---

<sup>91</sup> *Ibíd.*, pág. 396. Igualmente menciona en este sentido que, “La política deliberativa perdería su sentido y la democracia constitucional perdería su base de legitimidad si los participantes en discursos políticos no quisieran convencerse mutuamente y aprender unos de los otros. Las disputas políticas perderían su carácter deliberativo y degenerarían en luchas puramente estratégicas por el poder si los participantes no asumieran sin duda, falibilísticamente, conscientes de que siempre pueden estar equivocados que las controversias políticas y los problemas jurídicos tienen una solución correcta. Si no se orientaran hacia el *objetivo* de resolver problemas dando razones, los participantes no tendrían ninguna idea de lo que están *buscando*.” *Ibíd.*, pág. 394.

<sup>92</sup> Habermas ya había aceptado anteriormente las sugerencias de McCarthy; en esta ocasión vuelve a aceptar la idea de McCarthy, según la cual no se trata tanto de cuestiones diferentes como de aspectos diferentes de una misma cuestión. Dice: “McCarthy está en lo correcto al cuestionar mi intento de relacionar los aspectos pragmáticos, éticos y morales con tipos específicos de materias legislativas. Las cuestiones políticas son normalmente tan complejas que deben discutirse simultáneamente bajo los tres aspectos que son ciertamente analíticamente distinguibles”. *Ibíd.*, pág. 389. Véase también *Facticidad y validez*, donde

Esto es, cuando los participantes asumen los diversos diálogos sin coacción, pueden tener en un primer momento la oportunidad de lograr acciones dialógicas bien fundamentadas y, como segundo, la posibilidad de abrir éstas a los asuntos públicos en los que participan todos los afectados. Por tanto, las motivaciones comunes de los participantes, se pueden comprender desde el propósito de institucionalizar jurídicamente los exigentes presupuestos comunicativos y procedimientos de una red de argumentaciones y negociaciones diferenciadas atendiendo a las distintas preguntas planteadas por ellos<sup>93</sup>. Como puede notarse, es una tesis similar, a la expuesta por Habermas en su obra *Identidades nacionales y posnacionales* pero ampliada; en ésta afirmaba: “el contenido universalista habrá de ser en cada caso asumido desde el propio contexto histórico y quedar anclado en las propias formas de vida”<sup>94</sup>.

En relación con la crítica expuesta por McCarthy sobre si el discurso idealmente racional habrá de conducir al consenso, Habermas ha dicho en cuarto lugar que: “Sólo si se pudiese mostrar en el nivel de los principios que, a pesar del creciente consenso por ejemplo sobre los derechos humanos y la democracia, los discursos morales *son un esfuerzo inútil* porque a la luz de los lenguajes inconmensurables ya no se pueden *en modo alguno* identificar intereses comunes, habría fracasado el intento de desconectar las cuestiones deontológicamente las cuestiones relativas a la justicia de las cuestiones concernientes a la vida

---

afirma: “Normalmente las cuestiones políticas son tan complejas que han de ser tratadas simultáneamente bajo aspectos pragmáticos, éticos y morales. Ciertamente, estos aspectos sólo pueden separarse analíticamente; por eso ha de considerarse confundente (pp. 233 ss.) mi intento de ejemplificar distintas formas de discurso haciéndoles corresponder linealmente cuestiones concretas”. *Ibíd.*, pág. 650.

<sup>93</sup> Habermas, J *Aclaraciones a la ética del discurso...*, op. cit., pág. 206.

<sup>94</sup> Habermas, J, *Identidades nacionales y posnacionales*, Tecnos, 1989, pág. 118.

buena dependientes en cada caso de su respectivo consenso<sup>95</sup>”. La respuesta de Habermas está en coherencia con su teoría de la acción comunicativa, esto es, en la explicación de que ante problemas difíciles y enfrentados, la pretensión de validez sólo se valida mediante acuerdos discursivos justificados razonablemente. Lo que sí se debe aceptar del reclamo de McCarthy, es la necesidad de entender que el consenso no es la única fuente de resolución de los conflictos sociales. Por ejemplo, McCarthy propone que la negociación y los pactos, como la regla de la mayoría y el turno de los partidos, son acuerdos normativos válidos que no siguen los planteamientos estrictos de la ética discursiva.

Ahora bien, no se puede desconocer que las críticas anteriores formuladas al principio discursivo, así como la explicación que sobre éste ha realizado Habermas a partir de las diferentes sugerencias recibidas por parte de defensores y contradictores, han influido para que su planteamiento inicial tuviera algunas matizaciones significativas tales como:

1. La teoría del discurso ha aprendido la lección y distingue entre validez –o la justicia– de las normas y la corrección de los juicios singulares<sup>96</sup>.

---

<sup>95</sup>Habermas, J *Aclaraciones a la ética del discurso...*, op. cit., pág. 208. Lo anterior lo refuerza aun más cuando expone que: “ahora bien, en las sociedades modernas nos las tenemos con un pluralismo de formas de vida no sólo inevitable, sino incluso deseable, y con una creciente individualización de proyectos de vida, los cuales como explica McCarthy, hacen cada vez más improbable que en semejantes controversias nos pongamos de acuerdo sobre necesidades comunes”. *Ibíd.*, pág. 207. Con este argumento Habermas emplea la crítica de McCarthy contra la crítica de Lafont; a diferencia de las cuestiones de hecho, donde diversas teorías científicas no pueden superar la pretensión de verdad implícita en que “algo sea el caso”, en las cuestiones normativas la validez se comprueba por el camino de la satisfacción discursiva.

<sup>96</sup> *Ibíd.*, pág. 145.



2. Habermas ha complementado las normas y principios generales fundamentadas en el procedimiento democrático –principio de fundamentación–, con el principio de adecuación –la aplicación de la norma al caso concreto y el análisis de todas las circunstancias, permiten al juez poner de manifiesto posibles inconsistencias en el momento de la fundamentación de las normas y advertir cómo se podrían corregir, pues éste, al aplicar derecho, corrobora o no la imparcialidad de la norma– a contextos plurales, con el fin de validar relaciones de reconocimiento recíproco.

3. El principio discursivo puede entenderse como aquél juicio reflexivo por medio del cual los individuos y grupos pueden acordar normas producidas mediante razones válidas para todos los afectados.

4. El entendimiento posible de los acuerdos plurales sobre “mínimos”, debe poder suplir aquellos casos conflictivos propios de la vida social. Éstos son reconocidos por la fuerza motivacional, la cual no deriva sólo de la coacción de las instituciones. El paradigma discursivo del derecho complementa de esta forma, la distancia entre norma y realidad por vía de institucionalizar el procedimiento democrático ínsito en el principio discursivo.

5. Los principios y normas generales se deben aplicar de manera ‘imparcial’ al contexto desde los diferentes planos argumentativos tales como: el ético (encargado de las identidades en las que se hayan inmersos los ciudadanos), democrático (regla básica del reconocimiento recíproco de los participantes en discursos racionales) y jurídico (conjunto de normas institucionalizadas que han contado con el asentimiento de todos los afectados). –Lo que es respuesta a la crítica

de Wellmer—. Las reglas de la argumentación aportan elementos relevantes tanto para la fundamentación como para la aplicación de normas. “Nadie será excluido de la discusión”, “que se escuche a todos los implicados”, “se debe argumentar racionalmente”, “serán tenidas presentes las argumentaciones dadas mediante la coacción de los buenos argumentos”. Tales reglas son ejemplos de que funcionan como ideal regulativo a seguir por aquellas instituciones –sociedades– que deseen comparar sus prácticas con situaciones o acciones que se habrían tomado bajo otros mecanismos: sirven para analizar qué grado de acuerdos, desviación o desacuerdos, en lo moral, ético, político o jurídico presentan actualmente las instituciones democráticas.

6. El principio discursivo como criterio de validez normativo posibilita institucionalizar, mediante procedimientos democráticos aquellos acuerdos válidos para todos los afectados. Como expone Habermas, los ciudadanos son coautores de las normas, cuando por medio del principio discursivo, institucionalizan los discursos públicos.

7. Las exigencias de imparcialidad y simetría que, como punto de llegada demanda el principio discursivo, se expresan en aquellas demandas de los individuos y los grupos, de poder participar en igualdad de condiciones en la toma de decisiones que les afectan, tanto en el procedimiento como en la evaluación de los resultados. Esta idea apunta a la propuesta habermasiana del Estado democrático de derecho, tal como es abordado en *Facticidad y validez*.

8. Si bien el principio discursivo no se presenta como mecanismo de acción comprobable en la práctica, sí se erige como aquella concepción moral, política y jurídica que pretende conseguir un marco público lo más

amplio posible, donde tenga cabida la manifestación de diversas concepciones y expresiones racionales. El *principio discursivo* posibilita no sólo a los ciudadanos, sino también al legislador y al juez, decidir si en la justificación y aplicación de los derechos fundamentales se han ofrecido todas las garantías democráticas existentes. Como teoría pretende dar cuenta de los diversos acuerdos y desacuerdos de la razón práctica –razones comunicativas en términos habermasianos–, es decir, funciona como criterio de reflexión pública, mediante pretensiones de corrección.

9. El principio discursivo permite criticar y repensar aquellos estados de derecho que históricamente han utilizado sólo la coacción en sus decisiones políticas y jurídicas. Ello debe posibilitar replantear aquellas instituciones que, como la colombiana, han tenido muy poco en cuenta el componente comunicativo en su quehacer político y en la forma de entender el conflicto social que se vive en estos momentos, tema que será abordado en el capítulo V de este trabajo.

10. En los procesos judiciales ha de respetarse –conforme al principio discursivo– aquellas condiciones propias de un discurso práctico-racional, tales como: ponderación, independencia, imparcialidad, ausencia de coacción al juez y las partes en el proceso, igualdad de oportunidades para argumentar, debido proceso, etc. Como apunta Alexy: “ Especial importancia tiene el hecho de que la pretensión de corrección no sea abandonada con la transferencia de la decisión a procedimientos jurídicos. De allí se sigue la necesidad de institucionalizar la fundamentación y la crítica en los procedimientos jurídicos y fuera de ellos garantizarlos iusfundamentalmente. La teoría del discurso resulta

ser así una teoría básica del Estado constitucional democrático que apunta a la discusión<sup>97</sup>”.

En lo que sigue se tratará de analizar la relación entre la acción comunicativa y el derecho, como un segundo paso en la reformulación del principio discursivo.

#### **4. La acción comunicativa y su introducción al mundo del derecho: de *Teoría de la acción comunicativa* a *Facticidad y Validez***

Para abordar el derecho moderno desde la perspectiva de la *Teoría de la Acción Comunicativa* –puente para llegar a *Facticidad y validez*–, como recurso al que acude Habermas para explicar el papel del derecho en sociedades complejas<sup>98</sup>, es necesario primero recorrer el camino de la reconstrucción de la integración social, cuyas categorías se erigen como condiciones que permiten comprender cómo es posible que se produzca en las sociedades un orden social. Cada una de estas categorías presentadas por la teoría Habermasiana conlleva irremediabilmente a un concepto, que como pieza del rompecabezas, sirve de engranaje de su teoría. El “mundo de la vida”, el mundo social y el derecho<sup>99</sup>, se entrelazan así para formar un entramado en donde los individuos se relacionan y se comunican intersubjetivamente, para generar y regular las

---

<sup>97</sup> Alexy, R, *El concepto y la validez del derecho...*, op.cit., pág. 157.

<sup>98</sup> López Calera, Nicolás, *Filosofía del Derecho II*. Comares, Granada, 1998, pág. 95. Afirma: “Sin embargo, el derecho tiene una vida, unas dinámicas muy complejas. Esto es, *la vida del derecho no termina con la promulgación de unas leyes*. El derecho es una realidad lógica con unos significados y sobre todo es un instrumento de la razón práctica”.

<sup>99</sup> Hay que aclarar que en escritos anteriores a *Facticidad y validez*, esto es, en *La Reconstrucción del materialismo histórico*, Taurus, 1981, Habermas mantenía una concepción instrumental del derecho, en tanto éste contribuía a perpetuar la “racionalidad sistémica de la sociedad con arreglo a fines”. Ibíd, pág. 262 y 263. En *Facticidad y validez* la legitimidad del derecho será el mecanismo mediante el que Habermas pretende estructurar una regulación social menos anclada en esquemas burocráticos

condiciones de convivencia que han de seguir sujetos razonables que tienden a la búsqueda del entendimiento<sup>100</sup>.

Habermas apela a la estructura dialógica del lenguaje como fundamento del conocimiento y de la acción. Se apoya en una concepción pragmática del lenguaje para exponer su teoría de la acción comunicativa y la validez de los actos del habla. La comunicación está dada por la capacidad de entendimiento entre 'sujetos capaces de lenguaje y acción'. Se puede inferir de los planteamientos que hace el autor en *Teoría de la Acción*

---

<sup>100</sup> El orden social como concepto al que se llega en virtud del paso hacia la reconstrucción de las condiciones de la integración social, plantea un primer problema: ¿Cómo, a partir de procesos de formación de consenso que vienen amenazados por una tensión explosiva entre Facticidad y validez, puede surgir algo así como orden social? Este planteamiento surge porque siempre existirá la posibilidad o el riesgo del *disenso* en toda formación de interacción a través de la acción comunicativa dirigida al entendimiento, por lo cual se explica que en términos de la coordinación de la acción, el disenso cause altos costes. En este sentido, cuando en el proceso de entendimiento se presenta el disenso, sólo se dispone de unas cuantas alternativas, como las que se enumeran:

1. Recurrir a operaciones sencillas de reparación.
2. Dejar a un lado las pretensiones de validez controvertidas.
3. Pasar a discursos costosos con resultado incierto y perturbadores efectos de problematización.
4. Ruptura de la comunicación y abandono del espacio que sirve para esos efectos.
5. Paso a la acción estratégica, orientada al propio éxito de cada uno. Lo que puede deducirse es que la integración social no sería posible conseguirla con la utilización tan sólo del lenguaje orientado al entendimiento, porque aunque exista una motivación racional tendiente al acuerdo, el riesgo del disenso está siempre latente y se hace manifiesto cuando es nutrido por la experiencia.

Habermas, si bien no hace alusión explícita al disenso, tampoco lo niega como muchos autores parecen sugerir. Así, por ejemplo, dice: “todo acuerdo alcanzado argumentativamente depende de tomas de postura de afirmación y negación frente a pretensiones de validez susceptibles de poder aceptarse o rechazarse”. El consenso como estabilizador no coactivo de las expectativas de comportamiento, se ve amenazado cuando las operaciones explícitas de entendimiento se tornan problemáticas y cuando no es posible en el contexto del mundo de la vida donde se encuentra inserta la acción comunicativa, proporcionarle el respaldo de un masivo consenso. El consenso en Habermas pretende que no se rompa continuamente el diálogo y que se busquen opciones no sólo estratégicas, ya que el telos de llegar a un entendimiento es inherente al concepto de discurso. Ultimamente Habermas viene asociando el concepto de disidente al de “desobediente civil”, siempre y cuando ésta no se de manera violenta sino como una forma más de legitimar el Estado de derecho. Ver al respecto: “La desobediencia civil. Piedra de toque del Estado democrático de derecho”, en *Estudios políticos*, Península, 1987, pág. 86. Por cuestiones metodológicas este tema no será abordado en la presente investigación. Para ello puede estudiarse a un crítico del concepto del consenso Habermasiano como Javier Muguerza, *Desde la perplejidad. (Ensayos sobre la ética, la razón y el diálogo)* F.C.E, 1990.

*Comunicativa*<sup>101</sup>, que su propósito es mostrar la validez de una teoría crítica de la sociedad a partir de una concepción pragmática del lenguaje. Esgrime, como argumento central, que los participantes, desde un principio, han de poder entenderse por medio del lenguaje sobre algo en el mundo como la toma de postura de afirmación o negación, ante pretensiones de validez dadas en un discurso intersubjetivo. La acción comunicativa es interpretada de esta manera como una manifestación de reconocimiento recíproco tendiente al entendimiento mutuo.

En el texto *Teoría de la Acción Comunicativa*, Habermas toma como punto de análisis la idea de racionalidad comunicativa, contrapuesta a la racionalidad estratégica<sup>102</sup>. Afirma que "este concepto de racionalidad comunicativa posee connotaciones que, en última instancia, se remontan a la experiencia central de aunar sin coacciones y de generar consenso que tiene un acto de habla argumentativa en que diversos participantes superan la subjetividad inicial de sus respectivos puntos y merced a una

---

<sup>101</sup> No se intenta describir aquí nuevamente el desarrollo que Habermas realiza en *Teoría de la acción comunicativa*. Sólo se busca retomar la categoría del lenguaje como un mecanismo de integración social, que reproduce desde el "mundo de la vida", vínculos socialmente compartidos. Igualmente se retoma su concepto de racionalidad comunicativa, para ser analizada desde el derecho.

<sup>102</sup> Habermas entiende por racionalidad instrumental la imposición que ejerce la lógica de medios y fines que, en su intento por legitimarse, genera la pérdida de sentido del sistema político. Esta legitimidad "instrumental", como gusta llamarla, aísla el entendimiento de los sujetos y no permite una racionalidad comunicativa. La acción "estratégica domina y promueve relaciones de dominación orientados al éxito y es manejada por el sistema administrativo y político, no por el mundo de la vida, que, todo lo contrario, se basa en acciones comunicativas. En el mundo de la vida, los sujetos han de buscar el entendimiento. Este se comprende como "la obtención de un acuerdo entre los participantes acerca de la validez de una emisión". Habermas, J, *Conciencia Moral, y Acción Comunicativa*, Península; Barcelona, 1996, ver, págs. 125 a 128. Para Giovanna Borradori la noción de mundo de la vida está compuesto de dos términos: a) la referencia a "vida" ciertamente subraya su compromiso con la naturaleza concreta y la absoluta especificidad del lugar del sujeto dentro de su comunidad de hablantes, y b) el concepto de "mundo" libera al ámbito de lo público de toda conexión con el modelo de sociedad europea del siglo XVIII con respecto al cual se concibió en principio la noción de esfera pública. Giovanna Borradori, *La filosofía en una época del terror. Diálogos con J. Habermas y J. Derrida*, Taurus, 2003. Pág. 107.

comunidad de convicciones, racionalmente motivada, se aseguran a la vez de la unidad del mundo objetivo y de la intersubjetividad del contexto en que desarrollan sus vidas"<sup>103</sup>. Los actos de habla son el lugar en el que la pragmática del lenguaje ubica la fuerza ilocutiva con la que se da el significado lingüístico, buscan dar a conocer las proposiciones del agente y entablar acciones pertinentes para comunicarse, posicionándose con un sí o con un no ante el otro. Se puede decir, entonces, que "en caso de conflicto quienes actúan comunicativamente tienen que optar entre romper la comunicación o pasar a la acción estratégica, entre dilatar el conflicto no resuelto o pasar a dirimirlo"<sup>104</sup>.

La acción comunicativa resulta, de esta manera, especialmente relevante para la búsqueda de la integración social en aquellas sociedades donde el componente conflictivo es demasiado alto y excluyente. Ahora bien, la comunicación no es la panacea para todos los males, pues a medida que se avanza en la evolución social, aumenta la posibilidad del disenso en la comunicación, porque va operando internamente en la sociedad una creciente diferenciación entre los individuos y la 'pluralización de las formas de vida' que generan una constante y permanente tensión entre los intereses particulares y el conjunto de formas de vida, que pretenden universalizar determinadas condiciones de convivencia. Por tanto, la acción estratégica será deudora, de una u otra manera, de las comprensiones básicas de la convivencia social, pues ésta no puede dirigir las interacciones sociales sólo en las acciones tendientes al cálculo y a las expectativas individuales.

---

<sup>103</sup> Habermas, *Teoría de la Acción Comunicativa*, t. I..., op. cit., pág. 27.

<sup>104</sup> Habermas, *Facticidad y Validez ...*, op. cit., pág. 88.

Ahora bien, una sociedad que se presenta con estas características y profundamente desarraigada de patrones religiosos, sacros o metafísicos –es decir, secularizada– tendrá, necesariamente, que regularse por un orden jurídico normativo inclusivo, cuyo propósito debe estar referido a la compatibilización, por un lado, de las acciones guiadas por intereses y por el otro, de las acciones orientadas por el entendimiento, porque los procesos de interacción, dirigidos por los intereses de actores o participantes, no pueden, por sí mismos, configurar órdenes estables. Por esta razón, la acción comunicativa debe cumplir su función sociointegradora, y dejar al derecho la función de “estabilizador” de las expectativas de comportamiento, de posibilitar de expectativas normativas orientadas al bien común, en un entramado de relaciones recíprocas entre estos tres elementos. Es decir, entre las acciones estratégicas, la acción comunicativa y el derecho.

Luego de haber abordado los diferentes pasos que conducen a la integración social –entre ellos el derecho, donde la acción comunicativa juega un papel central–, Habermas introduce el concepto de derecho moderno como recurso para explicar la función de integración social que al derecho le corresponde en las sociedades contemporáneas: asegurar la autonomía ciudadana desde una dimensión normativa diferente a la moral, posibilitar el fortalecimiento del Estado de derecho, garantizar los derechos fundamentales de los individuos y grupos, entre otros. Esta integración sólo puede realizarse si las normas poseen un elemento de legitimidad que esté equilibrado con la capacidad coactiva y sancionadora de éstas, promoviendo la aquiescencia necesaria para su seguimiento. Lo anterior justamente es posible si el procedimiento de construcción de normas está “transido” por la acción comunicativa, por la deliberación basada en argumentos racionales y con la finalidad de llegarse a un



consenso que cuente con una legitimidad amplia, que posibilite esas condiciones de integración social.

La anterior propuesta le permite a Habermas entender, de manera coherente con su teoría discursiva, la relación que el derecho cumple como código del que se valen los individuos para estructurar procesos de comunicación que les sirvan para forjar niveles de justificación, normativamente aceptables por todos. La aceptabilidad de las razones consiguen su eficacia de la fuerza consensual que puedan obtener a partir de las pretensiones de validez los diferentes argumentos de los sujetos. El derecho así expresado,<sup>105</sup> será el candidato para explicar cómo pueden entenderse, en sociedades altamente complejas, en las que habitan individuos y grupos que se reconocen iguales en derechos, como miembros de asociaciones libres e iguales, permitiéndoles definir las reglas de convivencia. El derecho moderno, en sus fundamentos, busca que el acatamiento de las normas no debe ser sólo por su carácter coercitivo sino también porque las normas que rigen a una determinada colectividad han sido construidas conjuntamente y provienen legítimas e imparciales en su aplicación.

De este modo, en la teoría habermasiana, el lenguaje y el derecho actúan como las principales fuentes de integración social. Estas normas de “integración social” ya no son tomadas como baluartes sacralizados de poder de instituciones antiguas. Se presentan en las sociedades

---

<sup>105</sup> La idea del derecho que tiene en mente Habermas será el que legitime las decisiones individuales y colectivas por medio del Estado democrático de derecho. Así dice: “No es la forma jurídica como tal la que legitima el ejercicio de la dominación política, sino sólo la vinculación al derecho *legítimamente estatuido*.” La legitimidad del derecho se obtiene para Habermas, de la discusión racional de todos los miembros de la comunidad jurídica. Habermas, J. *Facticidad y Validez*. pág. 202. Al referirse a este tema, Alexy plantea que la teoría del discurso de Habermas puede alcanzar importancia práctica sólo si se inserta en una teoría del derecho. Alexy, R, *El concepto y validez del derecho*, Gedisa, 1997. Pág. 151.

posmetafísicas con pretensiones de validez basadas en acciones comunicativas, orientadas por pretensiones de éxito y reglas o normas compartidas intersubjetivamente. De acuerdo con Habermas, este tipo de normas perseguido tendría que causar en sus destinatarios, según esto, una disponibilidad a la obediencia basada simultáneamente en la coerción fáctica y en la validez legítima<sup>106</sup>, que son las dos ideas básicas a través de las cuales se ha desarrollado el derecho moderno.

Estas ideas básicas relativas al derecho moderno son analizadas por Habermas en el tránsito que realiza de *Teoría de la acción Comunicativa* a *Facticidad y validez*. Así, mientras en *Teoría de la Acción Comunicativa* el derecho se presentaba como “un colonizador<sup>107</sup>” del mundo de la vida, enfrentado a la sociedad y dependiente del sistema administrativo y económico, en *Facticidad y Validez*<sup>108</sup>, la interpretación es diferente: ahora el derecho pasa a integrar los dos mundos disociados anteriormente: el mundo de la vida y los sistemas administrativo y económico. Al respecto, Fernando Vallespín plantea: “El movimiento más importante –y sorprendente– que se produce en los trabajos de FG, y en el mismo libro, es el cambio de énfasis en la conceptualización del derecho; de verse como una especie de caballo de Troya del sistema (Sistem) en el mundo de la vida (Lebenswelt), que podría acabar consumiendo este horizonte y transfondo de la acción comunicativa,

---

<sup>106</sup> Habermas, J, *Facticidad y validez...*, op.cit., pág. 89.

<sup>107</sup> “De ahí que, como veremos, el tipo de *juridización* de las relaciones sociales sea un indicador de los límites entre sistema y mundo de la vida”. Y continúa “El derecho coactivo moderno queda desconectado de motivos éticos; funciona como medio de delimitación de ámbitos en que las personas jurídicas privadas pueden ejercer legítimamente su arbitrio o de espacios en que quienes ocupan cargos (quienes ocupan posiciones de poder organizados) pueden ejercer su autoridad legal”. Habermas, *Teoría de la Acción comunicativa, t.II...*, op.cit., pág. 439.

<sup>108</sup> En esta obra plantea Habermas la categoría discursiva del derecho. Se sustenta para ello en su propuesta comunicativa realizada en textos anteriores; especialmente en *Teoría de la acción comunicativa*.

aparece ahora por el contrario como el gendarme más cualificado para someter y disciplinar a los medios dinero y poder”<sup>109</sup>.

El derecho se convierte ahora en *Facticidad y Validez* en “filtro” y “esclusas”<sup>110</sup> de las deliberaciones públicas y del sistema, en cuanto retoma aquellas expresiones públicas, “informales” y los canaliza hacia la toma de decisiones vinculantes administrativamente, quienes a su vez, necesitan contar con la aceptación de los miembros de la comunidad jurídica y democrática. Como él lo dice: “El proceso de producción de normas constituye, por tanto, en el sistema jurídico el auténtico lugar de integración social. De ahí que a los implicados en el proceso de producción normativa se les exija que salgan del papel de sujetos jurídicos privados y, entrando en el papel de ciudadanos, adopten la perspectiva de miembros de una comunidad jurídica libremente constituida (...)”<sup>111</sup>. Con esto quiere Habermas proponer que los sujetos no han de orientarse sólo por la búsqueda de su propio éxito. Antes bien, son las acciones tendientes al entendimiento las que le dan validez a la existencia del derecho, como articulador social. Lo que, a su vez, hace que los destinatarios de éste puedan entenderse como autores racionales que dan importancia a esa norma, por medio de procesos discursivos y democráticos. De esta manera, el sistema de acción “derecho”, pertenece, a un orden legítimo que se ha vuelto reflexivo, al componente

---

<sup>109</sup> Vallespín, F. *¿Reconciliación a Través del Derecho?*, en José Antonio Gimbernat, *La Filosofía Moral y Política de J. Habermas*, Biblioteca Nueva, 1997, Pág. 205.

<sup>110</sup> Habermas retoma estos conceptos de B. Peters. De acuerdo a la propuesta de Peters, estos conceptos son utilizados con el fin de reconstruir normativamente el Estado de derecho, sin desconocer el papel crítico que éstos puedan realizar. Dice Habermas: “según la propuesta de B. Peters, los procesos de comunicación y decisión del sistema político articulados en términos del estado de derecho se ordenan conforme a un eje centro-periferia, vienen estructurados por un sistema de esclusas y se caracterizan por dos formas (una ordinaria y otra extraordinaria) de elaboración de problemas”. Habermas, *Facticidad y validez...*, op. cit., pág. 434.

<sup>111</sup> Habermas, *Facticidad y validez...*, op.cit., Pág. 151.

social del mundo de la vida y al sistema<sup>112</sup>. Tal reflexividad ocasiona que el derecho adquiere por consiguiente más importancia, pues al mediar entre lo fáctico y la pretensión de validez, la integración social se orienta hacia concepciones ideales normativas<sup>113</sup>, que, a la vez, se pueden aplicar a ordenamientos reales.

Otra de las tesis principales de *Facticidad y validez* busca explicar la interacción entre el derecho, los derechos fundamentales y el Estado Democrático de derecho que, como bien lo plantea el profesor García Amado, “lo que Habermas hace, es una aplicación de los postulados generales y ya conocidos de su teoría de la acción comunicativa a la problemática iusfilosófica y a la sempiterna cuestión de la validez de las normas jurídicas”<sup>114</sup>. De esta manera, el derecho cuenta, en su estructura jurídica, con reglas y principios jurídicos que pretenden integración social. Éste pretende ser el canal por medio del cual discurren los mensajes comunicativos necesarios para el entendimiento

---

<sup>112</sup> Ibíd., pág. 147. Es de recordar que en *Problemas de legitimación en el capitalismo tardío* mantenía una distinción tajante entre el mundo sistémico y el mundo de la vida. El primero era el responsable de regular y complementar el sistema económico; el segundo, se refiere al trasfondo prerreflexivo en el cual transcurre nuestra vida común. Hay, por consiguiente, un desacoplamiento entre uno y otro. Habermas, *Problemas de legitimación en el capitalismo tardío...*, op.cit., pág. 175. Idea similar mantenía aun en *Teoría de la acción Comunicativa*, t.II. “Lo mismo que la esfera de la vida privada queda socavada por el sistema económico, la esfera de la opinión pública se ve socavada por el por el sistema administrativo”. Op. cit, pág. 461. La demanda de Habermas era que las posibilidades de participación democrática y comunicación, eran manipuladas con fines específicos por el mundo sistémico. Nótese ahora como el derecho sirve de mediador entre el mundo de la vida y el mundo administrativo.

<sup>113</sup> En su texto *Verdad y justificación* aclara –frente a los escépticos de su propuesta–, que en las relaciones imperfectas del mundo real no se puede contar con que las presuposiciones pragmáticas del discurso racional estén siempre satisfechas, ni que todos los participantes, incluso cuando estén de acuerdo, sigan efectivamente las normas reconocidas como válidas. Plantea frente a dichas objeciones que: “A estas dos dificultades, que se siguen inmediatamente de la detranscendentalización del reino de los fines, puede dar respuesta la complementación de la moral mediante el derecho coactivo. En ámbitos funcionalmente importantes los discursos de fundamentación y de aplicación están necesitados tanto de una institucionalización vinculante como del cumplimiento de las normas justificadas”. Habermas, J, *Verdad y justificación...*, op. cit., pág. 57-58.

<sup>114</sup> García Amado. J , “La filosofía del derecho de J. Habermas” , Revista *Doxa* Nro. 13, 1993, pág. 235.

intersubjetivo proveniente del mundo de la vida. El derecho actúa como un “transformador” entre el sistema y el mundo de la vida, que abarca la sociedad como un todo, teniendo presente los diferentes referentes discursivos.

## **5. Validez y legitimidad discursiva de los derechos fundamentales, una mirada desde la autonomía privada/pública.**

Como ya se ha mencionado anteriormente, en *Facticidad y validez* es donde Habermas analiza con detalle el derecho moderno; con este quiere resaltar el proyecto emancipatorio que se le asigna en la modernidad o, dicho de otra manera, resaltar el papel que el derecho debería ocupar en el discurso emancipatorio de la modernidad y que no había sido considerado por sus antecesores de la Escuela de Francfort. El derecho adquiere entonces una importancia capital dentro del funcionamiento de sociedades complejas, las cuales no podrían transmitir los mensajes de contenido normativo sin la juridificación que se desarrolla mediante el derecho positivo<sup>115</sup>. Se trata del intento que realiza Habermas por explicitar mecanismos de fundamentación imparcial del derecho, para una comunidad que pueda contar con el consentimiento de todos, con opciones de entenderse como sujetos morales y capacidad de diálogo. Este entendimiento ha de ser institucionalizado por medio de los procedimientos democráticos y del ‘principio discursivo’.

Dicho en palabras de Habermas, se apela a la “fuerza sociointegradora de la acción comunicativa” como mecanismo estabilizador de las expectativas de comportamiento de los miembros sociales, quienes han

---

<sup>115</sup> En este trabajo se entiende derecho positivo como derecho dado o estructurado y, de manera similar a la expuesta por De Otto, esto es, como un proceso de construcción social. Ver: Ignacio De Otto, *Derecho constitucional, sistema de fuentes*, Ariel, 1987, pág. 20.

autocomprendido que deben orientar esas expectativas hacia el bien común. En este orden de ideas, la integración social es posible cuando los sujetos actúan comunicativamente y en virtud de ello opera el entendimiento intersubjetivo de quienes participan en el diálogo.

Así, en la perspectiva que propone el autor alemán, el derecho se presenta como un mecanismo encargado de ofrecer respuestas racionales sobre las normas jurídicas y la convivencia entre sujetos que viven en espacios diversos y plurales. Al institucionalizar dichas normas con la ayuda del principio discursivo, el derecho permite que los diversos procedimientos democráticos funcionen como una especie de mediador y catalizador entre los diversos conflictos sociales. Por tanto, cuando el derecho protege y garantiza la autonomía de los individuos, cuando posibilita que participen activamente en la discusión y elaboración de las normas, está vinculando a los sujetos a una doble dimensión de legitimidad, esto es, a) como sujetos autónomos en los procesos de discusión y construcción individual y colectiva de los derechos fundamentales, y b) dotándoles de garantía de poder ampliar y exigir los derechos previamente discutidos en la configuración de las normas.

En este sentido, la relación entre el principio discursivo y la norma jurídica se da cuando los procedimientos de producción de esa norma coinciden con los planteamientos que, desde la esfera pública pluralista, informada y deliberativa, hacen los sujetos al Estado. De esta manera Habermas reafirma lo anterior cuando dice: “No puede darse un derecho autónomo sin democracia”<sup>116</sup>. la posibilidad de exigir el cumplimiento de los derechos fundamentales mediante el derecho moderno, ha llevado a

---

<sup>116</sup> Complementa este sentido cuando propone: “La finalidad del principio democrático es fijar el procedimiento de producción legítima de normas”. *Ibíd*, pág. 194.

Habermas a analizar *la autonomía privada y pública*. La autonomía pública se expresa conforme el principio de la soberanía popular en los derechos de comunicación y participación, que aseguran la autonomía pública de los ciudadanos. La autonomía privada se manifiesta en aquellos derechos fundamentales, subjetivos de los ciudadanos<sup>117</sup>. Para Habermas la autonomía privada y pública han de ser cooriginales, esto es, se posibilitan y complementan mutuamente. La cooriginariedad a la que se refiere el autor entre autonomía privada –ser portadores de derechos y tener capacidad autónoma de hacerlos efectivos desde los derechos subjetivos–, y pública –debatir en la esfera pública cuáles de estos derechos han de regular por medio de los principios y reglas las vidas de los ciudadanos–, explica de nuevo las frases “ser destinatarios de derechos” y “darse a sí mismo sus propias leyes”. Los derechos que los sujetos se reconocen mutuamente se concretizan y ejercitan por medio de leyes provenientes del Estado de Derecho, de tal forma que potencialice la autodeterminación política de los sujetos entendidos como libres e iguales.

Los derechos fundamentales adquieren legitimidad en la integración entre ambas esferas. O si se quiere, en la interrelación entre la participación ciudadana y los derechos subjetivos. Obsérvese su argumento: “La idea de los derechos fundamentales, que se expresa en el derecho a la igual libertad subjetiva de acción, no puede simplemente imponerse al legislador soberano como un límite exterior, ni como un requisito funcional para cuyo objetivo se ve instrumentalizado”<sup>118</sup>. Se puede entender así que el derecho no puede concebirse como construcción funcional sistémica –como a veces sugería en *Teoría de la acción comunicativa*–,

---

<sup>117</sup> Habermas, J, *Facticidad y Validez ...*, op.cit., pág. 238.

<sup>118</sup> *Ibid*, pág. 196.

sino, como construcción discursiva a través de acuerdos racionales por parte de todos, esto es, hay que acudir a la deliberación pública, a la teoría del discurso y a los procedimientos democráticos. Se trata, así, de definir las condiciones en las que pueden institucionalizarse, jurídicamente, las formas de comunicación necesarias para una legítima acción legisladora. Por tanto y de esta manera, los derechos fundamentales no se pueden deducir tan sólo de manifestaciones estratégicas para, a partir de allí, formar procedimientos democráticos.

El procedimiento democrático legitima el sistema y crea normas. Por medio de las acciones comunicativas, los individuos “son autores racionales de esas normas”. De este modo, el derecho adquiere su validez al imponer su cumplimiento cuando, socialmente, se hace necesario para articular tejidos sociales complejos que precisan para su convivencia de la validez de las normas plenamente legalizadas en el Estado democrático de derecho. Las normas se fundan en el consenso de quienes se hallan sujetos a ellas: la justificación dada racionalmente sobre los acuerdos o desacuerdos sobre tales normas. Dice Habermas con relación a lo anterior, “de esta forma se explícita la intuición de que, por una parte, los ciudadanos sólo puedan hacer un uso apropiado de su autonomía pública, si son suficientemente independientes, en razón de su autonomía privada, asegurada igualitariamente; y a la vez sólo pueden alcanzar una regulación capaz de consenso de su autonomía privada, si como ciudadanos hacen un uso apropiado de su autonomía pública”<sup>119</sup>.

Vallespín, refiriéndose a la doble funcionalidad del derecho que presenta Habermas en *Facticidad y Validez*, dice que “de esta forma se integran las dos dimensiones de la legalidad kantiana, que Habermas hace suya:

---

<sup>119</sup> Ibid., pág. 193.



que las normas jurídicas puedan contemplarse a la vez como <leyes de libertad> ancladas en el principio de autonomía, cuanto como <leyes coactivas> (Zwanggesetze), haciendo posible así que un orden jurídico justo pueda hacerse valer incluso sobre un <pueblo de diablos>, trascendiendo las siempre contingentes motivaciones que nos llevan a obedecer sus disposiciones”<sup>120</sup>. Por consiguiente, el derecho moderno reconoce los derechos subjetivos de los individuos, en cuanto portadores de derechos y con garantía de poder ser accionables en cualquier momento cuando haya violación de los mismos.

La integración social la ha de realizar el derecho, que tendría como función reforzar las acciones comunicativas propias del principio democrático; esto es, en primer lugar, garantizando los derechos subjetivos y luego, institucionalizando las discusiones públicas, de tal forma que éstas adquieran legitimidad. Se quiere evitar, por todos los medios –he aquí un aporte importante de Habermas– que el derecho se convierta sólo en mera coacción, alejado de los problemas sociales e imponiéndose, desde arriba, y sin referentes legitimantes. Es como bien lo plantea: el principio discursivo a través del procedimiento democrático ‘crea’ derecho y, por consiguiente, estado de derecho. “Sólo las condiciones procedimentales de la génesis democrática de las leyes aseguran la legitimidad del derecho establecido”<sup>121</sup>. El Estado democrático de derecho pasa a ser de esta manera, el espacio de encuentro de la autonomía privada y pública; lugar donde los sujetos hacen valer sus decisiones públicas, racionalmente tomadas e institucionalizadas por medio del principio democrático.

---

<sup>120</sup> Fernando Vallespin, “¿Reconciliación a través del derecho?”. J. A Gimbernát, (ed). *La Filosofía Moral y Política de Jürgen Habermas...*, op.cit., Pág. 211.

<sup>121</sup> Habermas, *Facticidad y Validez ...*, op.cit., pág. 336.

En este contexto el derecho posibilita que los canales de comunicación no se vean bloqueados, así como el ofrecer razones válidas jurídicamente con un alto grado de eficacia e imparcialidad en las decisiones tomadas. Reafirmando lo anterior, menciona Habermas: “para ello parto de los derechos que los ciudadanos han de reconocerse mutuamente si quieren regular legítimamente su convivencia con el derecho positivo”, y continúa: “Por otro lado, el procedimiento democrático de producción de normas que tiene que confrontar a los que participan en él con las expectativas normativas que implica la orientación por el bien común, pues el único sitio de donde ese proceso puede obtener su fuerza legitimatoria es del proceso de un entendimiento de los ciudadanos acerca de las reglas que han de regir su convivencia”<sup>122</sup>. –Es de recordar, que en el Estado liberal de derecho, la creación y validez de las normas están establecidas y emanan de un órgano competente y legitimado para su producción y aplicación, subsunción en vez de la ponderación, supeditación de la constitución a la ley, prioridad de la norma sobre los valores y principio, etc–.

Analizada la propuesta anterior desde el modelo deliberativo expuesto por Habermas, se puede decir que el derecho moderno no se restringe sólo a una esfera, sino que ahora se complementa, de forma más activa, con la deliberación ciudadana y desde procedimientos democráticos que comprometen a quienes van a dar su aceptación a esas normas. El objetivo que con ello se persigue es evitar que las descompensaciones sociales puedan hacer del Estado democrático de derecho un sistema incoherente, entre lo que le compete como garante de los derechos y lo que se dice en la norma, o si se quiere el abismo entre la ‘validez’ y la ‘facticidad’, como diría Habermas.

---

<sup>122</sup> Ibíd., pág. 147.

Para concluir este apartado, ha de decirse que es en el Estado democrático de derecho donde se han de sustentar y validar los derechos fundamentales tanto en su dimensión privada como pública, para lo cual se requiere de procedimientos legítimos en la producción de las normas. Por tanto, una norma en este contexto es legítima cuando cuenta con el consentimiento de todos los implicados en su construcción. Ahora bien, relacionando de una u otra manera los aspectos antes mencionados y con el fin de proseguir la idea sobre la legitimidad de las normas y su validación en el Estado democrático, se pasará ahora a analizar la evolución de los diversos modelos de Estado –liberal, social y democrático constitucional–, para desde allí hacer una aproximación al Estado constitucional y democrático de derecho expuesto por Habermas. Ello permitirá comprender porqué la deliberación y la participación ciudadana, como procedimientos democráticos contruidos intersubjetivamente, se convierten en mecanismos para validar el paradigma discursivo del derecho que Habermas propone. En este sentido, el giro jurídico le sirve a Habermas para abordar y orientar su reflexión, hacia la teoría del Estado democrático de derecho, los derechos fundamentales, la democracia deliberativa, el mundo iusfilosófico y socio- jurídico, etc. Tal perspectiva lleva a Habermas a analizar la evolución del paradigma liberal –sustentado en la autonomía privada– al Estado democrático de derecho –afianzado en la autonomía pública– con el fin de replantear el primero y, construir mediante el segundo, un marco jurídico discursivo que permita traducir el poder comunicativo ciudadano en poder legitimado institucionalizado. Por tanto, el tránsito del anterior planteamiento sobre autonomía público/privada, hacia su realización en el Estado democrático de derecho es el paso que se pretende seguir en el siguiente apartado.

## 6. Del Estado de derecho al paradigma discursivo<sup>123</sup> del derecho.

### *Una breve introducción al Estado moderno.*

La noción Estado de derecho<sup>124</sup> es bastante amplia, polisémica, con variedad de matices en el desarrollo del pensamiento político<sup>125</sup>, de difícil caracterización<sup>126</sup>, contextualizable en palabras de Zagrebelsky en el siglo XIX, el cual denomina como el “siglo del Estado de derecho”. La multiplicidad de significados que encierra el concepto Estado de derecho no es un óbice para rescatar la utilidad para la modernidad: la búsqueda de controlar el poder y sus desmanes<sup>127</sup>. El Estado actual surge en el

<sup>123</sup> Para Habermas complementar el paradigma liberal y el Estado de bienestar mediante el paradigma discursivo del derecho, se hace prioritario. La razón de ello Es que hay que legitimar el Estado democrático de derecho, a través de aquellas acciones comunicativas manifiestas en la esfera de la opinión pública y mediante la argumentación libre de interferencias externas. El paradigma discursivo del derecho, concibe el Estado democrático de derecho como el desarrollo de aquellos procedimientos discursivos que propician legitimidad y validez al orden jurídico político.

<sup>124</sup> Zagrebelsky G, *El derecho dúctil*, Trotta, 1999. Expresa que el concepto de Estado de Derecho es tan abierto que todas la épocas, en función de sus exigencias, han podido llenarlo de contenidos diversos más o menos densos, manteniendo así su vitalidad. *Ibíd.*, pág. 21. Por su parte Fioravanti desglosa el término en “de derecho porque se empeña en la tutela de la sociedad y de los individuos frente a las exigencias dirigistas de los poderes públicos. Y es Estado porque se empeña en la defensa de las instituciones políticas frente a la misma sociedad civil”, *Los derechos fundamentales, apuntes sobre la historia de las constituciones...*, op.cit., pág. 103. Para Habermas el Estado de derecho moderno surge inicialmente como a) Estado administrador y Estado fiscal y como b) Estado dotado de una soberanía en un territorio, hasta convertirse en c) Estados democráticos y sociales de derecho. Habermas, J, *La constelación posnacional*, Paidós, 2000, pág. 86.

<sup>125</sup> Ferrajoli, L, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, 1995, Pág. 855.

<sup>126</sup> Peña Freire, A, *La garantía en el Estado Constitucional de derecho*, quien considera que dadas las múltiples dimensiones del término Estado de derecho, es preferible remitirse a la modernidad, momento en el cual se inicia paralelamente el principio de legalidad. *Ibíd.*, pág 47.

<sup>127</sup> Zagrebelsky considera que la noción estado de Derecho indica un valor, el cual consiste en la eliminación de la arbitrariedad en el ámbito de la actividad estatal, y alude a la inversión de la relación entre poder y derecho. Por su parte, el constitucionalista Ignacio De Otto considera que el esfuerzo del Estado Constitucional Europeo como Estado de derecho es someter el poder a la ley, asegurar la supremacía de la ley, de allí su importancia en el sistema de fuentes, y el privilegio del legislador. *Derecho constitucional, sistema de fuentes*, Ariel, 1987, pág. 129.

tránsito a la modernidad,<sup>128</sup> como poder político complejo que ejerce control legítimo –no proveniente ya del derecho divino– sobre un determinado territorio, sustenta la capacidad de institucionalizar y controlar la producción normativa, el uso público de la fuerza, la división de poderes, sometimiento del poder al derecho, entre otros. El concepto de Estado ha involucrado en su desarrollo la participación de intereses y objetivos que le han conferido diferentes características a su condición. Es así como en su evolución histórica<sup>129</sup>, ha pasado por tres modelos o categorías: el Estado liberal de Derecho, el Estado social de Derecho y Estado democrático de Derecho. Seguidamente se abordará el estudio de cada una de dichas categorías.

Así, los teóricos<sup>130</sup> analizan la evolución del Estado desde dos perspectivas. Una de ellas se encuentra relacionada con la dimensión histórico-normativa, que tiene su origen en las diversas premisas político-filosóficas de la ilustración, que pretende, entre otras, concretar la libertad e igualdad, la autonomía, la razón, la ética, la política, la democracia, el derecho, el imperio de la ley, servir de límite a la actuación de los poderes, protección de libertades religiosas, la soberanía popular, la libertad de expresión, garantías procesales, etc.

---

<sup>128</sup> Para un análisis detallado del surgimiento y tránsito del Estado a la modernidad, ver: Peces-Barba, G, *Curso de derechos fundamentales*, Universidad Carlos III, 1999, pág. 115 y ss.

<sup>129</sup> En cuanto al contexto histórico, Fioravanti confirma que entre los siglos XVII y el XIX se circunscribe la doctrina y la práctica de las libertades en un horizonte delimitado, el de la construcción del Estado moderno, entre Estado absoluto y Estado de derecho; con ello se estaría en una de las primeras fases del Estado moderno. Fioravanti, M, *Los derechos fundamentales. Apuntes de Historia de las Constituciones*, Trotta, 1996, pág. 26.

<sup>130</sup> Pérez Luño, A, *Derechos humanos, Estado y Constitución*, Técnos, 1995, pág. 238; Peces-Barba, G, *Curso de derechos fundamentales*, Universidad Carlos III, 1999; Díaz, E, *Estado de derecho y sociedad democrática*, Taurus, 1986; Fernández, E, *Teoría de la justicia y derechos humanos*, Madrid, Debate, 1987; Asís, R, *Una aproximación a los modelos de Estado de derecho*, Dykinson, 1999.

La segunda perspectiva se encamina a explicar el Estado desde la acepción descriptiva –lógico-epistemológica–, que significa entenderlo, como aquél que se expresa y manifiesta sólo mediante normas jurídicas que imponen deberes y obligaciones y su máximo exponente es Kelsen, quien afirma que en todo Estado ha de haber una autoridad con competencia para aplicar las normas, siendo por esto Estado de Derecho<sup>131</sup>, de lo que se deriva que el orden jurídico es sistema compuesto por reglas que hay que obedecer<sup>132</sup>.

El Estado de derecho que se pretende abordar no es el modelo planteado por Kelsen, dado que para este autor el orden jurídico positivo es aquél que viene determinado sólo por la validez –fuerza que obliga a obedecerlo por medio de sanciones– y en la forma como han de aceptar las normas destinatarios: como acto reflejo de la coacción. Así, pues, la pretensión es realizar dicho abordaje desde la noción normativa, en otras palabras, el interés de trabajo no es examinar el concepto de Estado de derecho en su denominación descriptiva, sino, aquel que incluye categorías prescriptivas y de legitimidad en su análisis. Un ejemplo de ello podría ser el concepto de Estado constitucional que propone Ferrajoli, caracterizado por: a) en el plano formal, por el principio de legalidad, en virtud del cual todo poder público –legislativo, judicial y administrativo–

---

<sup>131</sup> Kelsen, H, *Teoría General del Estado*, México, 1974, pág. 172. Por el contrario, la definición de Estado de Derecho del profesor Peces-Barba ofrece una referencia más amplia cuando asevera que: “Estados de derecho son sólo aquellos, que asumen como valores políticos y jurídicos a la libertad, la igualdad, la seguridad y la solidaridad y que constituyen lo que podríamos llamar el estado liberal social y democrático de derecho, incorpora a su sistema jurídico a los derechos fundamentales y sólo este tipo de Estado, por consiguiente, está limitado por los derechos”. Estos principios –valores– de los que habla Peces-Barba, dinamizan todo el orden constitucional y reactivan los presupuestos básicos del “poder constituyente”, entendido como soberanía popular y su inserción activa y “dialógica” en la construcción de los principios y normas constitucionales. El profesor Asís incluye en lo referente al Estado de derecho –en su texto: *Una aproximación a los modelos de Estado de derecho*–, una perspectiva analítica e histórica. Ver. Asís, R, *Una aproximación a los modelos de Estado de derecho*, Dikynsón, 1999, pág. 34.

<sup>132</sup> Kelsen, H, *Teoría pura del derecho* México, UNAM, 1982. pág. 12.

está subordinado a leyes generales y abstractas, que disciplinan sus formas de ejercicio y cuya observancia está sometida a control de legitimidad por parte de los jueces separados de ese ente e independientes, y b) en el plano sustancial, por la supeditación de todos los poderes del Estado al servicio de la garantía de los derechos fundamentales de los ciudadanos<sup>133</sup>.

Con el fin de analizar las categorías prescriptivas y de legitimidad antes mencionadas, se seguirá en esta introducción sobre el Estado de derecho, los planteamientos de Elías Díaz, que en su texto *Estado de derecho y sociedad democrática*<sup>134</sup>, expone que el Estado de derecho implica sometimiento del Estado al Derecho, a su propio Derecho, la regulación y el control de los poderes y de las actuaciones todas del Estado por medio de leyes, que se hayan creado según determinados procedimientos de abierta y libre participación popular, y con respeto pues, para derechos fundamentales concordes con tal organización institucional<sup>135</sup>.

Así pues, para Elías Díaz, el Estado de Derecho ha pasado por cuatro etapas:

a. *Imperio de la ley*, que recae sobre gobernantes y ciudadanos. –En relación con el art. 16 de la Revolución francesa donde dice que: “La ley es expresión de la voluntad general”–. Es decir, sujeción a leyes generales y abstractas emanadas de órganos competentes en su producción y sujetas a la protección de libertades individuales y procesales.

<sup>133</sup> Ferrajoli, L, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, 1995, pág. 857.

<sup>134</sup> Díaz, E, *Estado de derecho y sociedad democrática*, Madrid, Taurus, 1986, pág. 18ss.

<sup>135</sup> *Ibidem*.

b. *División de poderes*. La doctrina clásica de división de poderes –idea desarrollada principalmente por Montesquieu<sup>136</sup>–, expone que los órganos del Estado tienen que limitarse mutuamente con el fin de evitar la concentración del poder. Con la división de poderes se busca por tanto, de la sujeción a control de todos los órganos del Estado.

c. *Fiscalización de la Administración*. Control según ley en todos los órdenes y niveles para todos los funcionarios y servidores del Estado.

d. *Protección de derechos y libertades fundamentales*. Garantías jurídicas así como efectiva realización material de las exigencias éticas y políticas, públicas y privadas, que, especificadas y ampliadas en el tiempo como derechos económicos, sociales, culturales y de otra especie, constituyen la base para una real dignidad y progresiva igualdad entre todos los seres humanos<sup>137</sup>.

Así mismo, plantea tres fases evolutivas del Estado de derecho:

### **Estado liberal de derecho.**

Para el autor en mención el Estado liberal de derecho ha pasado por una serie de etapas o modelos:

a) En un primer modelo ubica el Estado clásico liberal. De acuerdo a Elíaz Díaz éste no posibilita la participación democrática en todas las

<sup>136</sup> Dice Montesquieu: “ para que no se abuse del poder y se respeten las libertades, Es necesario que se pongan limitaciones al ejercicio del poder”. *El espíritu de las leyes*, 13ª. Edición, Porrúa, México, 2000, libro XI, pág. 103.

<sup>137</sup> Díaz, Elíaz, “ Estado de derecho y legitimidad democrática” en *Estado, justicia, derechos*, José Luis Colomer (edi.) Alinaza, 2002, pág. 82.



dimensiones institucionales, antes bien, se limita prácticamente a la protección de la propiedad privada, y a defender limitados derechos humanos individuales. El modelo liberal se adjudica, por tanto –como una de sus principales funciones–, la garantía de la propiedad, la seguridad, la autonomía privada y la libertad individual.

b. Un segundo modelo caracterizado por una sociedad individualista. El Estado y la ley están al servicio del individuo. El Estado procede de los individuos, de un contrato celebrado entre ellos para garantizar sus derechos. Las relaciones colectivas, la existencia misma de la sociedad y de la política son resultado de elecciones individuales movidas por intereses egoístas<sup>138</sup>.

c) Un tercer momento del Estado liberal viene caracterizado por: 1) sacralización de la propiedad privada individual –siendo la propiedad un derecho inviolable y sagrado, según el art. 17 de la Declaración francesa de 1789–, positivizada después sin apenas límites en los Códigos civil y mercantil de Napoleón. 2) Por una economía competitiva, de libre mercado, economía de bajos salarios, subconsumo, mera subsistencia y pobreza en amplios sectores sociales. 3) Por una fuerte acumulación privada de capital, control y decisión muy minoritaria sobre las plusvalías, los excedentes y, en definitiva, sobre las inversiones y la dirección general de la economía.

---

<sup>138</sup> Al respecto señala M. Duverger: “La ideología liberal es individualista, basada en la búsqueda del interés personal, que ella afirma que es el mejor medio de realizar el interés general; es todo lo contrario de la fraternidad”. Maurice Duverger, *Instituciones políticas y derecho constitucional*, Ariel, 1979, pág. 196.

d) Por una protección jurídica de libertades y derechos fundamentales, civiles y políticos –de pensamiento, expresión, religión, participación pública restringida, etc.<sup>139</sup>—.

De otro lado, pero en forma similar, hay que recordar que el modelo clásico liberal parte en sus inicios de dos características fundamentales:

1. La tradición político-jurídico liberal, que ofrece los elementos esenciales de protección de los derechos individuales y la propiedad privada y,
2. La limitación y centralización del poder en la ley<sup>140</sup>.

La primera ofrece criterios demasiado restringidos para la existencia de un Estado de derecho que garantice los derechos fundamentales así como procedimientos participativo-democráticos universales. En cuanto a la segunda, esto es, la centralidad de la ley en el Estado, se debe aclarar que ésta deja sin demasiado sustento las concepciones de justicia y legitimidad, ya que al respaldar el “gobierno de la ley” en la estricta legalidad, se está a un paso del Estado absolutista. En este sentido, el Estado de derecho es una condición necesaria pero no suficiente para proteger y garantizar los derechos fundamentales. Desde esta perspectiva, se puede comprender la frase de Elíaz Díaz “no todo Estado es Estado de Derecho”.

---

<sup>139</sup> Días, Elíaz, “ Estado de derecho y legitimidad democrática” en *Estado, justicia, derechos...*, op.cit., pág. 86.

<sup>140</sup> Esta es una de las principales tesis de M. Fioravanti en su texto: *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*, Trotta, 1996.

Como síntesis, se puede afirmar que en el modelo liberal la expresión “soberanía” pasó a ser un concepto nominal, personificado en el legislador; el cual orientó el poder político hacia la protección de intereses de la burguesía liberal, excluyendo en gran medida a la población; lo que dió como consecuencia que la centralidad de la ley fuese asumida por el legislador como su máxima voluntad. Los criterios de legitimidad, igualdad, libertad y derechos de las personas; elementos fundantes de los Estados modernos, pasaron a un segundo plano por su abstracción<sup>141</sup> y disociación con los postulados sociales. La tensión resultante condujo a la supremacía de la ley sobre las demás normas y frente a los ciudadanos, lo que dará origen a grandes descontentos sociales. La necesidad de ampliación de éstos derechos, la lucha por la igualdad de los más desfavorecidos, hacen que el modelo del Estado liberal no logre la cohesión del orden social. De esta forma, las demandas sociales producen en el marco institucional liberal, un giro progresivo, que da como origen un sistema complementario del anterior: el Estado social de derecho<sup>142</sup>.

## **2. Estado social de derecho.**

Pretende superar la visión limitada del Estado liberal clásico, quien defendía

la necesidad de proteger las libertades individuales tradicionales, con la convencimiento de que dicha protección incluía los demás derechos. De esta forma, las exigencias sociales de grupos e individuos no reconocidos y excluidos de facto por el modelo liberal, introducen de

---

<sup>141</sup> Peña Freire, *La garantía en el Estado Constitucional de derecho...*, op. cit., pág. 56 y 57.

<sup>142</sup> El Estado social se desarrollo en el siglo XIX en Europa occidental a medida que avanzaba la industrialización, la cual creó una clase obrera hundida en una situación material miserable y a la que la ideología liberal no aportaba ninguna solución a sus problemas. Maurice Duverger, *Instituciones políticas y derecho constitucional*..., op.cit., pág, 209.

facto como alternativa ante las insostenibles carencias e insuficiencias del modelo liberal, grandes movimientos sociales de protesta y de cambio social. Estos movimientos propondrán en la reconstrucción de aquél, cambios profundos como la reivindicación, la generalización y el reconocimiento de derechos de segunda generación por parte del Estado. Esto lleva, según Elíaz Díaz a que:

1. El Estado social va a hacerse de esta forma decididamente intervencionista con objeto de poder atender y llevar a la práctica esas perentorias demandas sociales de mayor participación e igualdad real: el sufragio universal –con inclusión del sufragio femenino–, por un lado, y un amplio pacto social con compromiso por el Estado para implementar políticas de bienestar, por otro<sup>143</sup>.

2. Se trataba, por lo tanto, de hacer más reales en el Estado social de Derecho, todos esas libertades y esos derechos civiles y políticos mil veces proclamados por la democracia liberal; para ello, y además, se reclamaba implantar y hacer efectivos con carácter de universalidad los derechos sociales, económicos y culturales derivados de las necesidades básicas de la salud, la enseñanza, la vivienda, un régimen de prestaciones de seguridad y sistema público de pensiones, exigibles a fin de dar un muy diferente sentido y una mejor esperanza de vida real a millones y millones de seres humanos<sup>144</sup>.

---

<sup>143</sup> Díaz, Elíaz, “ Estado de derecho y legitimidad democrática” en *Estado, justicia, derechos...*, op. cit., pág. 89.

<sup>144</sup> *Ibid.*, pág. 86-94.

El Estado social pretende por consiguiente, materializar los llamados derechos sociales<sup>145</sup>, económicos y culturales restringidos por el Estado liberal clásico. Como manifiesta Habermas al respecto: “y en fin, la progresiva evolución hacia el Estado social y democrático de derecho se dirige contra aquellas relaciones modernas de poder y de dependencia que surgen con la empresa capitalista y con el aparato de la dominación burocrática y, en general, con los ámbitos de acción formalmente organizados que son la economía y el Estado”<sup>146</sup>.

Con el propósito de replantear los argumentos anteriores tanto del Estado liberal como social de derecho, se pretende a continuación analizar los postulados habermasianos sobre el Estado constitucional y democrático de derecho, así como su concepto de “paradigma discursivo del derecho”. Esto lleva por consiguiente a realizar un cambio de nivel conceptual: de uno descriptivo como el que se viene analizando hacia uno conceptual-teórico. Se procura a partir del hilo argumentativo desarrollado por Habermas, equilibrar los planteamientos del Estado liberal y el Estado social<sup>147</sup>, pues según éste, tanto uno como otro han dejado vacíos y han restringido de una u otra manera los derechos fundamentales.

Por consiguiente, para los fines de este trabajo se sigue, a continuación, la teoría expuesta por Habermas sobre el Estado democrático de derecho, por cuanto incluye la categoría de la democracia deliberativa, la

---

<sup>145</sup> Existe una amplia bibliografía relacionada con los derechos sociales. Ver al respecto: Cascajo, Castro, J, *La tutela constitucional de los derechos sociales*, CEC, Madrid, 1988 y *La tutela de los derechos sociales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988; Prieto Sanchís, L, *Escritos sobre derechos fundamentales*. Debate, 1990; Santos, Boaventura y García, Mauricio, *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, Siglo del Hombre, Bogotá, 2002.

<sup>146</sup> Habermas, *Teoría de la acción comunicativa*, t.II. Taurus, 1987, pág. 518

<sup>147</sup> Habermas, *Facticidad y Validez ...*, *op. cit*, pág. 374.

búsqueda de la legitimidad en los procedimientos democráticos de producción de derechos fundamentales, la crítica consistente a los modelos liberal individualista, republicano y al modelo paternalista del estado social, no analizados en su totalidad por el trabajo de Elíaz Díaz, quien se centra en el análisis del Estado liberal y social respectivamente. Se pretende, por consiguiente, explicar el aporte que realiza el paradigma discursivo del derecho al Estado democrático de derecho, en cuanto a la conformación de los espacios públicos democráticos y a la búsqueda de mayor legitimidad para los derechos fundamentales.

### 3. Estado democrático de derecho<sup>148</sup>.

Como crítica a los planteamientos del Estado liberal y social, Habermas insiste una y otra vez que no es posible un Estado sin democracia y sin derechos humanos; de allí que su planteamiento sobre el Estado democrático de derecho<sup>149</sup> ha de ser expresión de la participación ciudadana. Indica al respecto que: “la teoría del discurso entiende los principios del Estado de derecho como una respuesta consecuente con la cuestión de cómo pueden institucionalizarse las exigentes formas

---

<sup>148</sup> Implica como ya se ha afirmado, el sometimiento de los poderes a la constitución y a los derechos fundamentales tanto en la versión individual como social y cultural. Dicho sometimiento se expresa a través de la fórmula de la supremacía constitucional, según la cual, la constitución es a la vez norma directiva fundamental y norma fundamental de garantía. La constitución como norma directiva fundamental somete a todos los sujetos políticamente activos, ya sean públicos o privados y los compromete en la realización de los valores y principios constitucionales, y como norma fundamental de garantía desarrolla al máximo la garantía de los derechos y libertades y la fuente de control constitucional que asegura la validez normativa en el Estado constitucional de derecho. Fioravanti. *Apuntes de Historia de las Constituciones*, op. cit., pág. 128 y 129. – Según Fioravanti, estas ideas tienen origen distinto en lo que a evolución constitucional se refiere, pero han sido combinadas en el constitucionalismo contemporáneo—.

<sup>149</sup> Con la idea de Estado democrático, se alude al planteamiento rousseauniano de la ‘voluntad general’, y con la idea de derecho, se expresa la coercibilidad propia de los Estados modernos de derecho

comunicativas de la formación democrática de la opinión y la voluntad”<sup>150</sup>. Para la teoría habermasiana, los procedimientos democráticos no se apoyan únicamente en los compromisos y acciones de carácter individual-estratégico, pues éstas restringe y vician de entrada las acciones tendientes al respeto y entendimiento mutuo. Antes bien, dichos procedimientos establecidos por la teoría discursiva, anclan la validez de la legitimidad, en los derechos fundamentales provenientes de los procesos comunicativos.

Por consiguiente para el Estado democrático de derecho la legitimación no puede estar sustentada en concepciones que provengan de una autoridad metafísica, ni de una fe religiosa, de la racionalidad instrumental y la eficiencia de la administración, o de la coacción como único instrumento de control, de las normas formales y abstractas ejercidas por el poder político, que han sido entre otros, los medios de expresión del derecho en la modernidad. Habermas centra por su parte, la fuente de la legitimidad en el procedimiento democrático construida intersubjetivamente por sujetos reflexivos y participativos.

En este orden de ideas el Estado democrático de derecho en Habermas se desarrolla recurriendo continuamente a los procedimientos comunicativos, de un lado, y de otro, procedimentalizando dichas acciones en poder administrativo. En otras palabras, las condiciones de elaboración y aplicación de normas jurídicas y de derechos fundamentales han de

---

<sup>150</sup> Habermas, *Facticidad y validez...*, op. cit., pág. 498. Ante la idea del Estado democrático de derecho no manejado estratégicamente por el poder, Habermas introduce la fundamentación de la teoría del discurso, y los principios a que ha de estar sujeta una organización del poder público. Los intereses privados deben poder analizarse, públicamente, por medio de razones, cuando de decisiones colectivas se trata, es decir, encontrar razones compartidas. Pretende, por lo tanto, que con espacios públicos de discusión y por medio de procedimientos democráticos, los sujetos deliberen sobre los derechos que quieren darse para regular su convivencia.

someterse a los reglados procedimientos democráticos contruidos a través de procesos deliberativos.

De esta manera, el Estado democrático de derecho logra legitimarse vía principio democrático, el cual, a su vez, institucionaliza el principio del discurso a través del mecanismo que ofrece el derecho. Así, el Estado de derecho democrático tiene como función, servir de filtro a las diversas manifestaciones sociales, así como el tener la capacidad jurídica y democrática de revertir hacia los participantes aquellas normas vinculantes producto de los procedimientos comunicativos. Siguiendo en esta perspectiva, se puede decir que Habermas entiende el Estado democrático de derecho como la institucionalización de los discursos públicos, que discurren a través del derecho legítimo –garantiza la autonomía privada–, de procedimientos y presupuestos comunicativos, para una formación de la voluntad y la opinión, la cual hace posible, a su vez –la autonomía pública– la producción legítima de normas.<sup>151</sup> En esto consiste el ‘*paradigma discursivo del derecho*’, que integra, como se ha expuesto anteriormente, la opinión pública<sup>152</sup> con las decisiones administrativas y judiciales provenientes de los *outputs* del Estado.

De la construcción discursiva de normas democráticas y legítimas, deriva Habermas el sistema de los derechos fundamentales, pero a la vez, los derechos se erigen en la condición de posibilidad para que ciudadanos libres e iguales ejerzan su función de copartícipes en la construcción del

---

<sup>151</sup> *Ibíd.*, pág. 523.

<sup>152</sup> La jurisprudencia española se ha manifestado sobre la opinión pública en la Sentencia 12/1982 de la siguiente manera: “ Se ha señalado acertadamente que se trata ante todo de un derecho de libertad, por lo que básicamente significa ausencia de interferencias o de intromisiones de las autoridades estatales. Sin embargo, en otro plano significa reconocimiento y la garantía de una institución política fundamental, que es la opinión pública libre, indisolublemente ligada con el pluralismo político que es un valor fundamental y un requisito del funcionamiento del Estado Democrático Constitucional Español”.



Estado democrático. Lo novedoso de esta teoría habermasiana en lo que respecta a los derechos fundamentales, es que integra la autonomía privada y la pública por medio del derecho legítimo, logrado mediante procesos democráticos. De este modo le da un nuevo viraje a las teorías liberal y social del Estado. “Pues en el paradigma procedimental del derecho los puestos que dejan vacantes el participante privado–autónomo del mercado del que partía el paradigma liberal del derecho, y el cliente de las burocracias del estado social, pasan a ser ocupados por ciudadanos que toman parte en los discursos para hacer valer intereses vulnerados, que, por vía de la articulación de esos intereses, cooperan en el desarrollo de criterios concernientes al trato igual de los casos iguales y al trato desigual de los tratos desiguales”<sup>153</sup>.

Una de las tesis de Habermas sobre lo funcional del paradigma discursivo derecho, consiste en establecer la cooriginariedad entre autonomía privada y pública; la primera es entendida como libertad subjetiva de acción –al igual que Kant–, la conciliación de la libertad de arbitrio de cada uno con el arbitrio de todos los demás; la segunda se expresa en el derecho a la deliberación pública –según la propuesta rousseaniana–, a partir de un procedimiento de producción de normas legítimas mediante los mecanismos de participación que garanticen a todos iguales libertades subjetivas. Lo anterior le sirve a Habermas para explicar que es en la cooriginariedad de la autonomía privada y pública donde puede realizarse la tentativa habermasiana de introducir la idea de los derechos fundamentales y la realización de éstos en el Estado democrático de derecho. El empleo “del

---

<sup>153</sup> Habermas, *Facticidad y validez...*, op.cit., pág. 525. “Efectivamente, los presupuestos normativos en que se asienta el Estado constitucional democrático son más exigentes en lo que respecta al papel de ciudadanos que se entienden como autores del derecho, que en lo que se refiere al papel de personas privadas o de miembros de la sociedad, que son los destinatarios de ese derecho”. Habermas Diario La Nación, 14 de mayo de 2005. Diálogo entre razón y la fe.

<sup>154</sup> *Ibíd.*, pág. 238.

principio de soberanía popular, cuando se lee en términos de teoría del discurso, deriva del poder político de los ciudadanos”<sup>154</sup>. De esta forma, el derecho le sirve a Habermas para integrar soberanía popular y derechos fundamentales. Afirma, así, que las libertades subjetivas de acción del sujeto de derecho privado y la autonomía pública del ciudadano se posibilitan recíprocamente, esto es, “los sujetos deben dejar de entender el derecho sólo en relación de lo privado y adoptar una actitud discursiva de entendimiento con fines de un uso público de la razón”<sup>155</sup>. Por consiguiente, el orden jurídico es legítimo en la medida en que asegura la cooriginariedad entre la autonomía privada y la autonomía ciudadana de sus destinatarios; pero, al propio tiempo, debe su legitimidad a las formas de comunicación, sólo en las cuales puede esa autonomía expresarse y acreditarse.

Dentro de la teoría habermasiana, la noción de Estado democrático de derecho sirve como un puente que vincula coerción y validez, normatividad y facticidad, esto es, la legitimidad de un procedimiento normativo legal que implica coerción y, al mismo tiempo, vincula criterios de validez surgidos de las posibilidades del proceso de construcción de consensos. Con estos elementos, Habermas piensa que se pueden superar los planteamientos del modelo clásico de Estado liberal<sup>156</sup> y social de derecho<sup>157</sup>. Con dichos modelos, el autor no pretende privilegiar una u otra teoría, antes bien, el complemento lo encuentra en el ya mencionado procedimiento democrático,

---

<sup>155</sup> *Ibíd.*, pág. 684

<sup>156</sup> Como ya se ha reiterado, las principales quiebras o rupturas que operaron a partir del cambio de paradigma que significó el paso del Estado liberal al Estado de derecho, consistió en la introducción de elementos sustanciales en los principales sustentos del Estado de Derecho (principio de legalidad soberanía popular principalmente) y, además, la vinculación de los conceptos de validez y vigencia de las normas a la Constitución y a su contenido social, la supeditación de los poderes públicos a la norma constitucional.

<sup>157</sup> Para Ferrajoli la Crisis del Estado Social, se manifiesta en la imposibilidad del Estado de Derecho, de desarrollar un sistema de garantías de los derechos sociales, que pueda compararse con el sistema de garantías de los derechos clásicos de libertad y propiedad. Ferrajoli, L, *Derechos y Garantías: La ley del más débil...*, op.cit., pág. 15-17.

el cual tiene como fin garantizar un tratamiento racional de las cuestiones políticas. En este sentido afirma: “las condiciones de legitimidad de la ley democrática han de buscarse en la racionalidad del propio proceso de producción legislativa”<sup>158</sup>. La argumentación anterior abre, para el Estado democrático de derecho, los temas relevantes que se deben discutir públicamente y cómo proteger mediante éste los derechos fundamentales. El poder comunicativo se torna efectivo cuando el Estado Democrático de derecho propicia espacios de deliberación, con el fin que la formación de la voluntad de los sujetos se torne reflexiva<sup>159</sup> y pueda orientarse hacia las instituciones donde ésta obtiene su legitimidad.

El procedimiento democrático, obtenido de manera comunicativa por parte de los destinatarios de las normas concretas, ha de poder fundamentar la validez del derecho. Cuando se participa en la elaboración de las normas y principios que posteriormente serán introducidos en el ordenamiento realmente en el proceso de elaboración de normas. La pretensión de que una norma deviene en interés de todos por igual, tiene un sentido de aceptabilidad racional por parte de todos los posibles afectados que tendrán que poder dar su asentimiento por buenas razones<sup>160</sup>. Por tanto, la concreción de imparcialidad de las normas, provenientes del derecho, posibilita a los destinatarios una comprensión correcta del orden jurídico en conjunto —ésta es expresión de los más grandes ideales sociales—.

Es más, las comunicaciones autónomas, que brotan de los ciudadanos que debaten en el espacio público, han de llegar a los cuerpos legislativos

---

<sup>158</sup> Habermas, J, *Facticidad y validez...*, op.cit., pág. 551. En este sentido cabe entenderse lo que Habermas denomina comprensión procedimentalista del derecho.

<sup>159</sup> Ver Juan Manuel Pérez, *Contrato social y obediencia al derecho en el pensamiento de John Rawls*. Comares, Granada, 1997. Pág. 304 .

<sup>160</sup> Habermas, *Facticidad y validez ...*, op.cit., pág. 168.

siempre y cuando hayan tenido su formación en el procedimiento deliberativo democrático, proveniente del principio de soberanía popular.

Por su parte las libertades subjetivas de acción reciben su legitimidad de un procedimiento legislativo, que se apoya, a la vez, en el principio de soberanía popular. El poder administrativo, legislativo y judicial, han de comprometerse con los derechos fundamentales en su reconocimiento y garantía, si pretenden que esos espacios públicos<sup>161</sup> se hagan cada día más deliberativos y les sirva de fuente de legitimidad continua. No se debe olvidar que los derechos se consolidan en el Estado democrático de derecho como parte legitimante de éste. De esa manera, la legitimidad se traduce en el consenso que los ciudadanos libremente han dado para la obediencia a las normas, que si bien han de pretender validez, también deben ser justas en su pretensión de corrección.

La legitimidad de las normas se mide por la aceptación discursiva de pretensiones de validez normativa y por su eficacia social; por la aceptación de éstas como coacción y como espacio de libertad; por la posibilidad de

---

<sup>161</sup> La idea de espacio público se asienta en dos características conexas a las discusiones democráticas contemporáneas: la primera de ellas, se centra en un la concepción de una esfera de deliberación, en la que los individuos y los grupos interactúan sobre diversos intereses. En ese espacio los individuos debaten las decisiones tomadas por las autoridades políticas, discuten el contenido moral de las diferentes relaciones existentes en el nivel de la sociedad y presentan demandas al Estado. En la segunda, la desacralización de la política, el derecho y la democracia, significó la posibilidad de someter a la discusión pública problemas tratados anteriormente a través de monopolios interpretativos dictados por macro-instituciones naturales y ontológicos. Benhabib S, "Situating the self. Gender community and postmodernism" in *Contemporary Ethics ...*, *op.cit.*, pág. 123. La esfera pública abre una nueva matriz en el interior de la teoría democrática al romper con dos elementos centrales de la tradición elitista democrática: la imposibilidad y obstáculos continuos de la existencia de formas participativas en la administración, en primer lugar y, como segundo, el de no posibilitar repensar, a los diferentes actores sociales, sus acciones para publicitar su lucha contra las formas privadas de dominación. A través de actos comunicativos públicos, los diversos actores sociales construyen espacios de reconocimiento mutuo, que tienen como objetivo presentar identidades en principio negadas por el sistema político. Se volverá sobre esta idea en el capítulo IV.

poder aceptarlas libremente como opciones racionalmente motivadas y previamente discutidas en los espacios públicos. En este sentido expresa Habermas que el proceso de producción de normas constituye por tanto en el sistema jurídico el auténtico lugar de integración social<sup>162</sup>. Sin embargo, el mismo enunciado no podría realizarse con éxito o con iguales resultados en los modelos del Estado liberal o social antes vistos, dado que en éstos los individuos no tienen la capacidad de debatir las normas o principios que han de regular su vida, desde un procedimiento de entendimiento racional y justo; el ser sujeto con capacidad de hacer valer su autonomía privada y pública, proyecta otro sentido de legitimidad que trasciende los derechos subjetivos, basados en intereses privados, pues ahora los ‘destinatarios’ de esas normas jurídicas han de entenderse como autores racionales de dichas normas.

---

<sup>162</sup> Habermas, *Facticidad y validez ...*, op.cit., pág 95.

## CAPÍTULO II

### LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO PRETENSIONES DE GARANTÍA Y EL PRINCIPIO DISCURSIVO.

*No hemos dado a Atenas la Constitución  
mejor, sino solamente la más justificable.*

Solón.

Para analizar la fundamentación de los derechos fundamentales, Habermas parte de un sentido referido a la legitimación de un orden político y, particularmente, al orden político del Estado democrático. El autor en mención explica esa relación a través de un nexo interno entre democracia y derechos humanos. Se pregunta cuáles son los derechos fundamentales que deben otorgarse recíprocamente ciudadanos libres e iguales si quieren regular legítimamente su vida común con los medios del derecho positivo. En la respuesta a esta pregunta, se particulariza el carácter de la ética discursiva y su fundamentación racional. Los participantes en el discurso racional ejercen una práctica comunicativa orientada al entendimiento, lo que implica que en tales contextos de discursividad racional se puede formar una voluntad política racional

que justifique la aceptabilidad de las normas derivadas de derecho legítimo. Luego, el camino trazado por Habermas en este aspecto señalado consiste en que “por este lado el derecho moderno se nutre de una solidaridad que se concentra en el papel del ciudadano y que en última instancia proviene de la acción comunicativa”<sup>163</sup>.

Llegados a este punto, surge inevitablemente un primer cuestionamiento: ¿En qué marco jurídico-político pueden ser garantizados<sup>164</sup> y realizados los derechos fundamentales? La respuesta que en principio se deriva del presente trabajo, está adelantada en el título que le da nombre a este capítulo. Para ello se ha tratado de desarrollar aquellos elementos que permiten recurrir necesariamente al principio democrático como principio jurídico, positivizado en las constituciones, que se proyecta sobre el ordenamiento jurídico y que es condición para la fundamentación y la aplicación de normas, donde la introducción de vínculos sustanciales a la democracia y a las normas sobre la producción jurídica, conducen inevitablemente a redimensionar los conceptos de validez jurídica y legitimidad democrática. De esta forma queda delimitada una de las diferencias que con el Estado de derecho y el Estado constitucional de Derecho como sistema garantista se establecen entre vigencia y validez de las normas. Así, la validez no cuenta tan sólo con su condición formal, sino que ahora se reviste de una dimensión material que obliga a

---

<sup>163</sup> Habermas, *Facticidad y validez ...*, op.cit., pág. 96.

<sup>164</sup> En este capítulo se intenta realizar una interpretación garantista de la propuesta habermasiana. Por esta a de entenderse, el sometimiento de todos los poderes públicos, incluido el legislativo, al Estado democrático de derecho y a los derechos fundamentales. Por las reglas sobre quién puede y sobre cómo se debe decidir –formas de gobierno–, y por las reglas qué se debe y qué no se debe decidir –estructuras de gobierno–, se legitiman los procedimientos democráticos que se manifiestan en lo sustancial, en forma de soberanía popular, y en lo formal, en la validez interna del ordenamiento jurídico, como mecanismo de defensa legalizada para proteger tanto la democracia como los derechos fundamentales. Este es el sentido que se le quiere dar a este capítulo sobre las pretensiones de garantía de los derechos fundamentales.

redefinir y diferenciar los momentos de existencia y validez jurídica, y así mismo a señalar como legítima la norma y el ordenamiento cuyos contenidos cuentan con la garantía de la validez jurídica así entendida<sup>165</sup>.

La idea de la doble dimensión señalada anteriormente no se puede escindir de la validez y legitimidad de los derechos fundamentales, éstos surgen como recursos que poseen los individuos y los grupos para limitar la actuación de los poderes públicos. Dichos límites presentan en el derecho moderno dos dimensiones básicas: la parte formal y material de los derechos. La parte material de los derechos— prestaciones y necesidades básicas— implica ciertos derechos que el poder debe respetar y proteger si quiere garantizar los principios propios del modelo del Estado democrático de derecho. La parte formal de los derechos se relaciona con la validez y la vigencia de los derechos, dentro de los ordenamientos modernos. Desde esta perspectiva han de entenderse los

---

<sup>165</sup> Para Ricardo Guastini “en los ordenamientos contemporáneos, o en gran parte de ellos, se llama válida a toda norma que: a) haya sido producida formalmente de acuerdo a *las normas\_sobre* la producción jurídica —o metanormas— que regulan su producción (validez formal), y b) que no sea materialmente disconforme a las normas jerárquicamente superiores que limitan su posible contenido (validez material)». Por otra parte, «la pertenencia o existencia de una norma se predica cuando a) incluso a falta de validez material, esté, al menos *prima facie*, provista de validez formal (es decir, que haya sido producida por una autoridad competente de acuerdo al menos con *algunas* de las normas procedimentales que regulan la producción normativa. b) cuando incluso a falta de validez formal, de hecho haya adquirido vigencia, esto es, sea generalmente aceptada y observada por sus destinatarios (principio de efectividad)”. Tratándose de la validez del ordenamiento jurídico, Guastini parte de la crítica a la burda definición del ordenamiento jurídico como conjunto de normas válidas. De esta manera, el primer problema que encarna esta definición, viene dado por el ocultamiento de que todo ordenamiento, incluye, junto a las normas válidas, también normas identificadas como “supremas”, “independientes” o “soberanas”, respecto de las cuales no se puede predicar si son válidas o inválidas, porque son ellas las que ofrecen los parámetros mismos de validez. Es el caso de las constituciones en los ordenamientos de constitución rígida, por lo que no sería coherente deducir que esa constitución no es parte del ordenamiento del que es fuente primaria. Otro problema que plantea entender el ordenamiento jurídico como conjunto de normas válidas, está en que no se podría explicar la existencia en los mismos ordenamientos de normas inválidas y que aún no han sido declaradas como tal por el órgano competente, razón por la cual, hasta tanto eso no ocurra, siguen teniendo plenos efectos. R. Guastini, *Distinguiendo: Estudios de Teoría y Metateoría del Derecho*, Gedisa, Barcelona, 1999, págs. 311 y 380.



derechos fundamentales, positivizados y configurados, como obligaciones estatales para con los sujetos que comportan el status jurídico. El procedimiento democrático se erige, como fundamento de validez del derecho; éste, cuando ha sido construido democráticamente, se manifiesta como racionalización de aquél.

Por tanto, la fundamentación de los derechos fundamentales, por parte de todos los implicados, requieren de contextos lo más amplios posibles para la discusión y posteriormente para la deliberación sobre cuáles son los términos de acuerdo a tener en cuenta, en la posterior toma de decisiones<sup>166</sup>. Dichos derechos constituyen una garantía de imparcialidad para cualquiera de los afectados, bien sea en el momento de fundamentación o de aplicación<sup>167</sup>. Las normas, vistas conforme a este planteamiento, permiten que los diversos sujetos, lleguen a un acuerdo por medio del diálogo, fruto de la acción comunicativa. Este criterio de legitimidad constituye un elemento fundamental en la construcción, fortalecimiento y racionalidad de la Democracia constitucional<sup>168</sup>, tema que se tratará con mayor detalle en el capítulo III.

En esta perspectiva, el Estado democrático de derecho presupone, como válido, que los ciudadanos tengan garantizados, dentro del marco institucional vigente, los derechos políticos de participación ciudadana, los derechos individuales y el sometimiento de los poderes públicos a los procedimientos democráticos y a la constitución; lo que lleva, por ende, a

---

<sup>166</sup> Ver el libro que sobre éste tema ha compilado J Elster, *La democracia deliberativa*, Gedisa, 2001.

<sup>167</sup> Las sentencias de los jueces deben cumplir una doble función: Ser consistentes con el ordenamiento jurídico y ser merecedoras de una aceptabilidad racional. Ver Habermas, J., *Facticidad y validez ...*, *op.cit.*, pág. 264.

<sup>168</sup> Al respecto vienen hablando sobre ésta temática, L. Ferrajoli, J.H Ely, G. Luigi Palombella y J. Habermas entre otros.

que existan ciertos derechos que no pueden ser tocados arbitrariamente por los que tienen el poder. Funcionan como punto de ‘cierre’ del sistema, pues los derechos legitiman o deslegitiman el orden vigente. Como especifica L. Ferrajoli: “ Los derechos fundamentales están estructurados desde el punto de vista formal como aquellas expectativas de prestaciones o de no lesiones que se atribuyen, de manera universal e indisponible a todos los sujetos en cuanto personas con capacidad de obrar” <sup>169</sup>. En otros términos, son lo que les permite adquirir el status de persona jurídica.

Por tanto, según Ferrajoli, los derechos son armas de los más débiles para defenderse de los fuertes cuando éstos manejan el poder; es minimizar la opresión que se ejerce contra aquellos que no tienen nada más para defenderse: sus derechos consagrados y garantizados constitucionalmente. Fortalecer los mecanismos democráticos y los derechos fundamentales desde una constitución pluralista, producto del consenso-disenso, es uno de los retos a seguir por débiles instituciones. –Colombia sería un ejemplo–.

El Estado democrático de derecho, al que se ha hecho referencia anteriormente, asume los derechos como parte resultante de la positivización de éstos en el sistema jurídico. Imponen una especie de control al legislador y a los demás órganos encargados de su aplicación y garantía. Se relacionan de alguna manera con el ideal del artículo 16 de la Revolución Francesa cuando dispone: “Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada ni la separación de poderes establecida no tiene una Constitución”. Por ello la democracia en el Estado de derecho sirve como referente para que las normas y principios,

---

<sup>169</sup> Ferrajoli, L, *Derecho y Razón...*, op.cit., pág. 936.

creadas por medio de procedimientos democráticos plenamente establecidos, garanticen los derechos que los ciudadanos quieran reconocerse, si han de entender los conflictos de modo distinto, así como si quieren legitimar las instituciones por medio de procedimientos válidos. Tomarse los derechos en “serio”, según la fórmula de R. Dworkin, es condición indispensable para su garantía y eficacia.

De esta manera, el Estado es el encargado de predisponer los mecanismos de protección y garantías que requieren los derechos para que éstos no sean considerados, como afirma R. Guastini “derechos de papel”<sup>170</sup>, esto es, existe una obligación de legislar tanto en su aspecto positivo como negativo a favor de la garantía y protección de los derechos. En este sentido, el fundamento democrático de los derechos fundamentales consiste en que se intentará, al máximo, pactar en la deliberación pública aquellos acuerdos que realizan autónomamente los ciudadanos, tales como la no exclusión en la garantía de sus derechos. Ferrajoli plantea que “se confirma así el papel de los derechos fundamentales como leyes del más débil y, al mismo tiempo, como criterios para trazar los confines entre el respeto a todos los individuos en cuanto personas y el debido respeto a sus diferencias culturales”<sup>171</sup>.

Es de anotar, en aras de la claridad, que los derechos fundamentales se establecen en los ordenamientos jurídicos como pretensiones de ser reconocidos como válidos, tanto por parte del legislador como por los operadores jurídicos, aun sin que éstos los quieran garantizar explícitamente. Esto quiere decir que los derechos poseen, en sí, un criterio amplio de justificación que debe ser reconocido por todos. Los

---

<sup>170</sup> Guastini, R, *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho ...*, op.cit., 1999, pág. 179 y ss.

<sup>171</sup> Ferrajoli, L, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, 2001, pág. 369.

derechos entendidos como ‘triumfos’ frente a las decisiones adoptadas arbitrariamente por mayoría –planteado por R. Dworkin– serían un buen ejemplo. Un derecho se presenta de ésta manera como válido cuando, al ser reclamado por individuos y colectivos, se asegura legítimamente su petición.

Llegados a este punto se debe incluir como criterio de justificación de los derechos, las pretensiones de validez que Habermas ha planteado en su teoría discursiva. Esto es, la validez y garantía de los derechos se concretan a través de la dinámica comunicativa y de la institucionalización de las normas que podrían ser aceptadas por todos los afectados en cuanto participantes en un discurso práctico racional<sup>172</sup>. Así, con la ayuda del principio discursivo institucionalizado a través del principio democrático, Habermas dispone de los medios suficientes para introducir la categoría de los derechos fundamentales en el derecho positivo moderno; estos derechos “han de comprender exactamente los derechos que los ciudadanos deben concederse mutuamente si quieren regular legítimamente su convivencia por medio del derecho<sup>173</sup>. Los derechos fundamentales se presentan por ende como una deducción de las condiciones, formales y materiales, propias del derecho moderno. A continuación se analiza más en detalle esta afirmación, así como cada una de las categorías de los derechos expuesta por Habermas.

## **1. La categoría de los derechos.**

La intersubjetividad a la que se refiere Habermas tiene como finalidad fijar el procedimiento para la producción de normas legítimas jurídicas; ha de

---

<sup>172</sup> Habermas, J, *Facticidad y validez...*, op, cit., pág. 172.

<sup>173</sup> *Ibid.*, pág. 184.

contar con el consentimiento de todos los sujetos que pertenecen a esa comunidad, donde las normas serán aplicadas. Según Habermas, los derechos fundamentales garantizan que los sujetos puedan hacer valer su dimensión de personas humanas, por cuanto son portadores de derechos jurídicos. Conforme con lo anterior, se afirma que los derechos fundamentales –Habermas los deduce del principio discursivo– sólo se garantizan a partir de la máxima corrección de las decisiones judiciales y desde un verdadero procedimiento democrático. Por consiguiente, de esta forma es como se debe entender la constitución y los derechos como prácticas sociales constructivas .

Con la ayuda del principio discursivo y del procedimiento democrático, Habermas introduce la categoría de los derechos fundamentales; derechos que serán, a partir del derecho positivo, garantizados constitucionalmente. Dichos derechos son:

1. Derechos fundamentales que resultan del desarrollo y configuración políticamente autónomos del derecho al mayor grado posible de iguales libertades subjetivas de acción. Estos derechos, afirma Habermas, exigen como correlatos necesarios:
2. Derechos fundamentales que resultan del desarrollo y configuración políticamente autónomos del *status* de miembro de la asociación voluntaria que es la comunidad jurídica.
3. Derechos fundamentales que resultan directamente de la accionabilidad de los derechos. Es decir, de la posibilidad de reclamar jurídicamente su cumplimiento y del desarrollo y configuración políticamente autónomos de protección de los derechos individuales.

4. Derechos fundamentales, a participar con igualdad de oportunidades en procesos de formación de la opinión y la voluntad comunes, en la que los ciudadanos ejerzan su autonomía política y mediante los que establezcan derecho legítimo.

5. Derechos fundamentales, a que se garanticen condiciones de vida que vengán social, técnica y ecológicamente asegurados en la medida en que ello fuere menester, en cada caso, para un disfrute, en términos de igualdad de oportunidades, de los derechos civiles mencionados en 1 a 4.

Estas categorías de derechos propuestas por Habermas, se requieren mutuamente y resultan de la aplicación del principio del discurso al medio que representa el derecho como tal. Regulan las relaciones que entablan entre sí ciudadanos libremente asociados.

En las tres primeras categorías de derechos, está haciendo referencia sólo a la autonomía privada de los sujetos jurídicos. La cuarta categoría corresponde a la autonomía pública. Ésta posibilita que los sujetos sean coautores de las normas y, por ende, de los derechos que han de darse. La última categoría resulta de satisfacer las condiciones materiales para el cumplimiento de los derechos anteriormente señalados. Habermas les anexa carácter de legalidad a las tres primeras categorías de derechos y afirma que no hay derecho legítimo sin éstos. Son derechos que le sirven al legislador como principios y normas que ha de tener presente a la hora de crear disposiciones y aplicarlos al caso concreto por parte de los órganos competentes, en este caso por los jueces. Al cuarto tipo de derechos, Habermas le confiere la categoría de derechos políticos – derechos de participación, donde sustenta la autonomía pública–, de modo que por medio de la deliberación pública, los sujetos pueden

convertirse en ‘legisladores de su propio derecho’. Lo anterior lleva a afirmar que, con arreglo al principio discursivo, pretenden validez precisamente aquellas normas que procuran hallar el consentimiento de todos los potenciales afectados, en la medida en que éstos tomen parte en discursos racionales. A continuación se desarrolla cada una de las categorías de los derechos desarrolladas por Habermas.

De este modo, en la primera categoría trata de establecer derechos de libertad que puedan satisfacer los derechos de cada uno, con iguales libertades para todos. El principio discursivo toma forma jurídica y exige igual autonomía para todos. –Realiza, a mi parecer, una muy parecida descripción de los derechos de libertad que propone en *Teoría de la justicia* y en *Liberalismo Político* J. Rawls–. Se trata de proteger la esfera privada de los individuos de la intromisión arbitraria de los poderes públicos, por medio de la legitimidad que representa el Estado democrático de derecho.

En la segunda categoría de derechos reafirma el *status* jurídico de cada individuo dentro de su contexto específico. Las reglas jurídicas se concretan en una sociedad específica y son aplicadas a individuos y colectivos como miembros de esa comunidad jurídica. En ella, se presupone que la coerción ha de ser legítima. El derecho permite institucionalizar los derechos compartidos por los ciudadanos en ese Estado democrático de derecho en tanto hayan sido previamente decantados en la deliberación pública<sup>174</sup>. Se juridifican por medio de procedimientos democráticos y jurídicos, contrario a lo que sucede con

---

<sup>174</sup> Los derechos fundamentales han de servir de garantía para que el espacio público pase su máxima prueba. Esto es, el respeto en condiciones simétricas de poder debatir cuáles son los derechos que como ciudadanos han de darse y a la vez han de exigir que el Estado les garantice.

las normas morales. –Es, en cierta forma, una manera de alejarse de las posiciones iusnaturalistas y positivistas, anteponiendo para ello el paradigma discursivo del derecho–. Al concebir el derecho de esta manera, Habermas introduce el principio discursivo, de tal forma que le ayude a deducir los derechos fundamentales en condiciones que permitan la simetría de los participantes e insertarlos en el Estado democrático de derecho, con el fin de que “los posibles afectados por las normas” –que son individuos contextualizados para el derecho– se sientan obligados por éstas, no sólo desde la coacción, sino también desde la cohesión. El status jurídico es pues una consecuencia de haber replanteado Habermas su concepto de derecho con respecto a sus obras anteriores a *Facticidad y validez*. En ésta como ya se ha dicho, el derecho pretende integrador los sistemas ‘resquebrajados’ que antes se concebían como ‘colonización’ del sistema sobre el ‘mundo de la vida’.

En la tercera categoría el derecho permite que las personas, a quienes les resulten vulnerados sus derechos subjetivos, puedan hacerlos valer y exigirlos ante un organismo competente para ello y mediante un procedimiento establecido previamente: garantías procesales. Como plantea Habermas, a la luz del principio discursivo pueden fundamentarse derechos básicos concernientes a la administración de justicia que aseguren a todas las personas la misma protección de sus derechos, iguales derechos de audiencia, igualdad en la aplicación del derecho, es decir, igualdad de trato ante la ley. Por tanto, son los tribunales y los jueces, en su independencia, los encargados de actuar con efectividad ante la violación de un derecho, esto es, conforme a procedimientos jurídicos válidos para ello.



Con relación a la tercera categoría de derechos, dice Habermas que no hay derechos legítimos sin estos derechos, pues tienen la potestad de poder ser accionados por cualquiera de los miembros de la comunidad jurídica. Así y como se ha señalado antes, los derechos fundamentales legitiman el sistema político, en cuanto aparecen como mecanismos de protección de los individuos –recurso de amparo, derecho de defensa, acción de cumplimiento, derechos colectivos, acciones populares, mecanismos de participación política y derecho de huelga–.

De esta manera, el derecho a iguales libertades subjetivas de acción –derechos individuales– se concretiza en derechos fundamentales que hace efectivo un Estado democrático que garantice los derechos, o bien atienda a las vulneraciones que, por acción u omisión, puedan realizarse en contra de éstos. En mayor o menor medida, la posibilidad real que tengan los ciudadanos de recurrir al derecho como mecanismo de integración social, va a incidir positiva o negativamente en los procesos democráticos de producción de normas.

El cuarto tipo de derechos, supremamente importantes para Habermas, los deduce de los tres anteriores. Como se afirmó, el ‘principio discursivo’ lleva por intermedio de este derecho de participación, a la forma jurídica. Son los ciudadanos quienes, al reconocerse mutuamente los derechos, pactan normas de convivencia. El principio del discurso prescribe que puede una norma sólo pretender validez, si todos los afectados por ella participan en discursos racionales de su justificación. De esto se sigue que los derechos políticos relevantes han de estar garantizados por medio de normas jurídicas aceptadas por todos. “El derecho permite de esta manera que el principio del discurso adopte forma de principio

democrático”<sup>175</sup>. De ahí que el principio democrático tenga que fijar el procedimiento de producción de normas jurídicas por un lado, y por otro, regular y controlar –en palabras del autor– al propio medio que es el derecho. Se integran, de esta forma, soberanía popular y derechos subjetivos. La autonomía política del ciudadano se deduce del principio de soberanía popular y cobra forma en la autolegislación democrática. Por consiguiente, sin soberanía popular no hay derechos fundamentales para Habermas, ni derecho democrático legítimo. El primero entre ellos, el derecho a igual libertad individual de participación política, supone la protección legal de los derechos de los individuos, entendidos como libertades subjetivas de acción.

El derecho positivo recibe su legitimidad en el proceso democrático de producción del derecho, desde una doble perspectiva: primero el individuo como sujeto con capacidad de autonomía y, segundo, como sujeto con capacidad de autodeterminación. En palabras de Habermas, los derechos del hombre y la soberanía popular. En este contexto, los derechos de participación política remiten a la justificación jurídica de una formación pública de la opinión y la voluntad, que termina en resoluciones acerca de políticas y leyes<sup>176</sup>. Los derechos políticos permiten a los sujetos alcanzar el anhelado status de ser coautores de las normas jurídicas, así como realizar las tres categorías de derechos anteriormente expuestas. Los derechos de participación se convierten, de esta manera, en condiciones que hacen posible ejercitar la autonomía política en concreto<sup>177</sup>. De este modo, los derechos fundamentales dejan de ser

---

<sup>175</sup> Habermas, J, *Facticidad y Validez ...*, op.cit., pág. 192.

<sup>176</sup> *Ibíd.*,pág. 218.

<sup>177</sup> Dentro de las críticas dirigidas contra Habermas, se encuentran aquellas que le cuestionan la falta de solidaridad en el principio discursivo para aquellos contextos donde algunos sujetos deben no sólo empeñar sino hipotecar su autonomía política para poder sobrevivir. Así dice Amartya Sen que los derechos políticos, incluyendo la libertad de expresión y discusión, son

límites exclusivamente ante el Estado y adquieren una dimensión política participativa que ayudan en la organización e institucionalización de la vida social y política.

En su artículo “El nexo interno entre Estado de Derecho y Democracia”<sup>178</sup>, Habermas afirma que en el modo de “validez” (norma legal, vigencia fáctica del derecho y legitimidad de las leyes) propia del derecho, se abrazan la facticidad que supone la imposición del derecho por el Estado y la fuerza fundante de la legitimidad, que caracteriza un procedimiento legislativo con pretensiones de ser racional, puesto que se fundamenta en la libertad e igualdad de todos los sujetos. Con la ayuda de los derechos que aseguran a los ciudadanos el ejercicio de su autonomía política, ha de poder explicarse el paradójico surgimiento de la legitimidad a partir de la legalidad o, como dice Habermas, en su artículo: “¿Cómo es posible la legitimidad a través de la legalidad?”<sup>179</sup>. En él plantea que la legitimidad de un derecho coercitivo se ha de entender como racionalidad procedimental democrática, derivada en último término de aquellos espacios comunicativos provenientes del principio discursivo, necesarios para la formación de la voluntad política que no incurran en puro decisionismo o arbitrariedad, tanto en los espacios de justificación y aplicación de los derechos. Las decisiones han de ser tomadas en común por todos los afectados.

---

fundamentales; pero que en espacios donde los derechos sociales y económicos no están garantizados, los primeros quedan esquematizados sólo hipotéticamente.

<sup>178</sup> Habermas, “El nexo interno entre Estado de Derecho y Democracia”, en José Antonio Gimbernat, (ed.) *La Filosofía Moral y Política de Jürgen Habermas*, Biblioteca Nueva, Madrid, 1997. La validez de una norma se da cuando el Estado garantiza la vigencia fáctica y la imposición del derecho por medio del Estado de Derecho. La validez necesita de la legitimidad de las leyes. Th. McCarthy; en “Constructivismo y reconstructivismo Kantianos: Rawls y Habermas en diálogo”..., op.cit., pág. 34. Afirma “Habermas utiliza en generalidad el concepto validez tanto referido a la verdad de las aserciones como a la corrección de las normas. La validez construida como aceptabilidad racional no es algo que pueda ser certificado en forma privada.”

<sup>179</sup> Este tema será abordado en el cap. IV de este trabajo.

Habermas ha venido preguntándose últimamente<sup>180</sup> por el lugar de los derechos humanos en los ordenamientos jurídicos internacionales, en especial el derecho fundamental a la participación política –ciudadanía democrática–. Con el fin de analizar con más detalle dicho planteamiento a nivel posnacional, bien vale la pena analizar el giro y la gradación teórica habermasiana hacia postulados cosmopolitas, pues según el autor, el proceso democrático<sup>181</sup> y los derechos humanos se convierten en las sociedades secularizadas en un referente de cohesión social que no debe estar anclado ya sólo en el Estado nación<sup>182</sup>. De esta manera, los efectos de la globalización, las demandas de reconocimiento de los distintos colectivos, los discursos éticos y el tema de los inmigrantes, ha llevado a Habermas a esquematizar su idea de democracia cosmopolita, apoyándose en escritos como *La Inclusión del otro*, *La constelación posnacional*, *Más allá del Estado nacional*, etc. Se pretende con los excursus a y b que a continuación se enuncian, analizar los nuevos problemas de ciudadanía y su implicación para los Estados democráticos de derecho, así como ampliar la cuarta categoría de derechos abordado por Habermas y la forma como éste los aborda a través de su propuesta discursiva del derecho.

---

<sup>180</sup> *La inclusión del otro*, *Tiempo de transiciones*, *La constelación posnacional*, *Más allá del Estado nacional*, etc.

<sup>181</sup> Menciona que “Sólo podemos responder de manera razonable a los retos de la globalización si logramos desarrollar nuevas formas de autoconducción de la sociedad”. Habermas, *La constelación posnacional* Paidós, 1999, pág. 117.

<sup>182</sup> Habermas, J, *La inclusión del otro...*, op.cit., pág. 158. En *Tiempo de transiciones* ha dicho que “solo cuando los derechos humanos hayan encontrado su “lugar” en un ordenamiento jurídico democrático de alcance mundial, análogamente a como se alojan los derechos fundamentales en nuestras constituciones nacionales, podremos partir de la base, también a nivel global, de que los destinatarios de tales derechos pueden entenderse a sí mismos también como autores de los mismos”. Habermas, *Tiempo de transiciones*, Trotta, 2004, pág. 39.

### **Excursus A. *El derecho a la participación política y la idea de democracia cosmopolita en Habermas.***

Los temas concernientes a la internacionalización de una democracia cosmopolita –conformación de un parlamento universal con representación de todos los ciudadanos del mundo, configuración de un Tribunal Internacional con competencias universales y la reorganización del Consejo de Seguridad de la ONU– y los derechos humanos fundamentados discursivamente, son abordados por Habermas desde postulados teóricos que buscan trascender el Estado-nación<sup>183</sup>. Advierte que el “sistema de los derechos” y la paz universal, fundamentados a través de los espacios democrático-deliberativos, deben trascender el Estado nación y tener como garante un derecho internacional muy similar al que había concebido en su tiempo Kant; esto con el fin de no ser una nación étnica, sino en construir una nación de ciudadanos libres e iguales y apelar para ello a la Constitución como única base común para todos<sup>184</sup>.

---

<sup>183</sup> Habermas, J, *Más allá del Estado nacional*, Trotta, 1997, pág. 113. En el epílogo a la cuarta edición de *Facticidad y validez*, menciona que “para que la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de la ONU se sigan derechos judicialmente accionables, no basta solamente con tribunales internacionales; éstos sólo podrán funcionar adecuadamente cuando una *Organización de las Naciones Unidas, no solamente capaz de tomar resoluciones sino capaz de actuar y de imponer, haya puesto fin a la soberanía de los Estados nacionales particulares*”. *Ibíd*, *Facticidad y validez*..., op.cit., pág. 655.

<sup>184</sup> La idea de patriotismo constitucional va asociado al concepto de nación. Ésta presenta en Habermas dos caras: 1. La nación “querida” de los ciudadanos que constituye la fuente de la legitimación democrática, y 2. La nación “nacida” compuesta por quienes pertenecen étnicamente a un pueblo. La tesis central que mantiene se apoya en la necesidad de desconfiar de aquellas tradiciones nacionales incuestionadas en su base cultural. Habermas, J, “¿Tiene futuro el Estado nacional” en *La inclusión del otro*...op.cit., pág. 90. La entrada al ámbito académico del concepto de “patriotismo constitucional”, fue introducido por el politólogo Dolf Sternberger; quien buscaba aclarar la importancia democrática de la Ley Fundamental de Bonn, en la construcción de la identidad, así como de los valores y principios democráticos y jurídicos del pueblo alemán. Habermas utiliza el concepto para dar a entender el paso de las identidades nacionales hacia identidades posnacionales o posconvencional. La característica

Igualmente se pregunta: ¿deberíamos mantenernos en el proyecto de una constitucionalización del Derecho Internacional que se encuentra ya en camino<sup>185</sup>? Responde que sí, que es en la validez de una concepción cosmopolita que incluya la proyección de los derechos fundamentales y de la ciudadanía democrática desde el ámbito internacional, donde ha de afianzarse la democracia participativa, la seguridad y estabilidad internacional. Subraya que toda anticipación asumida en esta dirección, sería racionalmente aceptable, si puede ser corroborada y sometida imparcialmente a un procedimiento inclusivo de conformación de la opinión y de la voluntad, lo que exige que todas las partes se vean consideradas en el intercambio de perspectivas y en la ponderación de todos los intereses. Este es el objetivo cognitivo de imparcialidad al que deben servir los procedimientos jurídicos, tanto en el nivel nacional como en el internacional.

En este contexto Habermas dice que “los ciudadanos de una comunidad internacional a corto o largo plazo permanecerán sensibles a la disonancia cognitiva entre las pretensiones universalistas mayores de edad con las que se justifica públicamente una misión nacional y aquellas de naturaleza particularista que dejan al descubierto intereses

---

principal del patriotismo constitucional es la adhesión a los valores democráticos, la política, los derechos humanos y a principios constitucionales relevantes para todos los integrantes de la misma. El patriotismo constitucional propugnado por Habermas aboga por una identificación de los ciudadanos con principios abstractos universalizables; es decir, por aquellos en los que “todos” los que habitan la comunidad pueden reconocerse como partícipes de un destino “político” común.

Para Prieto Navarro, el Patriotismo Constitucional responde al movimiento genérico hacia el universalismo moral, encarnado ahora en el plano estrictamente político: así, en la relativización de la propia forma de existencia, atendiendo a las pretensiones de las formas de vida, que se postulan como iguales en derechos, en tolerancia cosmopolita, etc. Prieto Navarro, E, *Jürgen Habermas: Acción comunicativa e identidad política...*, op. cit, pág. 420.

<sup>185</sup> Habermas, J, “El derecho internacional en la transición a un contexto postnacional”. Conferencia pronunciada en el Centro de Cultura Contemporánea de Barcelona, octubre de 2003.

determinantes”<sup>186</sup>. Con ello, Habermas intenta orientar su propuesta democrática-comunicativa hacia la formación de la voluntad democrática y política transnacional, de tal forma que apremie a los actores —capaces de una acción global—, a la ampliación de una global *governance* según sus preferencias y sus puntos de vista, a una fuerte participación en las sociedades civiles en los espacios públicos de gobiernos más extensos que promuevan la conciencia de una solidaridad cosmopolita.

Habermas afirma como explicación de lo denomina ampliación de la global *governance* que sólo bajo la presión de un cambio efectivo de la conciencia de los ciudadanos en la política interior, podrán transformarse los actores capaces de una acción global, con el fin que se entiendan a sí mismos como miembros de una comunidad que sólo tiene una alternativa: la cooperación con los otros y la conciliación de sus intereses por contradictorios que sean. Antes de que la población misma no privilegie este cambio de conciencia por sus propios intereses, nadie puede esperar de las élites gobernantes este cambio de perspectiva de las relaciones internacionales a una política universal<sup>187</sup>. Por esta razón los primeros destinatarios de este proyecto no pueden ser los gobiernos, sino los movimientos sociales y las organizaciones no gubernamentales, es decir, los miembros activos de una sociedad civil que trasciende las fronteras nacionales.

No obstante el optimismo de Habermas sobre la sociedad civil y su capacidad de influir en la toma de decisiones en los espacios posnacionales, es igualmente consciente y realista de los obstáculos a los que se debe enfrentar la sociedad civil y los ciudadanos en el contexto

---

<sup>186</sup> *Ibíd.*

<sup>187</sup> *Ibíd.*

internacional. Menciona al respecto que “para los ciudadanos, se vuelve cada vez más ancha la sima entre el quedar afectado por las decisiones y participar en ellas”<sup>188</sup>, y que sólo mediante una ciudadanía democrática no individualizada se puede preparar el camino para un *status* de ciudadano del mundo a una cosmo-ciudadanía con alcance mundial<sup>189</sup>. Cuando esto se haya logrado –afirma– “los destinatarios de tales derechos pueden entenderse a sí mismos también como autores de los mismos”<sup>190</sup>. Desde esta perspectiva, los derechos fundamentales analizados desde la concepción ‘cosmopolita’ que plantea Habermas, pretenden encontrar su “lugar” en un ordenamiento jurídico de alcance mundial.

De lo anterior se puede deducir que 1) el reconocimiento y garantía de los derechos participativos a nivel internacional implican validez del status de ciudadanía del mundo a través del cual poder ejercer su autonomía política y la deliberación pública, caso que parece poco plausible en los Estados poderosos occidentales<sup>191</sup>; 2) la propuesta de derechos humanos y de una opinión pública internacional que trascienda los estados-nación y se convierta en potencial democratizador de las estructuras de poder, escora hacia posturas demasiado elevadas de cohesión social y con mínimas posibilidades de poder darse en el derecho internacional – Habermas considera el derecho internacional como un acuerdo libre

---

<sup>188</sup> Habermas, J, “Ciudadanía e identidad nacional”, en *Facticidad y validez...*, op. cit., pág. 631.

<sup>189</sup> *Ibíd.*

<sup>190</sup> Habermas, J, *Tiempo de transiciones*, Trotta, 2004, pág. 39.

<sup>191</sup> Ferrajoli lo ha puesto de manifiesto cuando expresa: “la categoría de ciudadanía corre el riesgo de prestarse a fundar, antes que una categoría de la democracia basada en la expansión de los derechos, una idea regresiva y a la larga ilusoria de la democracia en un solo país, o mejor en nuestros países ricos occidentales, al precio de la no-democracia en el resto del mundo”. Ferrajoli, L, *Derechos y garantías...*, op.cit., pág. 57.



logrado entre Estado iguales<sup>192</sup>—. Nuevamente Habermas es consciente de la debilidad de una ciudadanía universal al mencionar que “la débil institucionalización de un derecho de los ciudadanos del mundo, muchas veces no puede hacer otra cosa que *anticipar un futuro estado de cosas cosmopolita* y contribuir con ello a hacerlo más cercano”<sup>193</sup>; 3) su propuesta sobre el “Patriotismo Constitucional” lastra con la carencia de arraigo hacia los contextos donde se construye la identidad y la pluralidad de los mundos de la vida. Esto se evidencia en la cita del siguiente texto: “Tenemos, pues, que la ciudadanía democrática no ha menester quedar enraizada en la identidad nacional de un pueblo; pero que, con independencia de, y por encima de, la pluralidad de formas de vida culturales diversas, exige la socialización de todos los ciudadanos en una cultura política común”<sup>194</sup>. A lo anterior se puede decir que resulta demasiado complejo lograr acuerdos en torno a una formación democrática y jurídica a nivel mundial, en el cual participen todos los afectados como lo pretende Habermas<sup>195</sup>.

Igualmente, no se pueden ignorar las asimetrías establecidas y desbordadas a través de los procesos como la globalización, los grupos

<sup>192</sup> Los límites a una sociedad mundial económicamente desbocada sólo será posible si los poderes que pueden actuar globalmente en temas como el mantenimiento de los estándares sociales y la supresión de los desequilibrios sociales extremos admiten los procedimientos institucionalizados para la formación de una voluntad política transnacional. Habermas, J, *La constelación posnacional...*, op.cit., pág. 144.

<sup>193</sup> Habermas, J, *Tiempo de transiciones...*, op.cit., pág. 39.

<sup>194</sup> Habermas, J, *Facticidad y validez...*, op.cit., pág. 628. Quien hace agotarse una Constitución en un orden concreto de valores, desconoce su específico sentido jurídico; pues como normas jurídicas, los derechos fundamentales, al igual que las reglas morales, están formadas conforme al modelo de normas obligatorias de acción, y no conforme al modelo de bienes apetecibles. Ibíd, pág. 329. Si bien, las constituciones no agotan sus derechos en los valores, éstos sí aportan elementos valiosos para entender la complejidad en la que ésta se desenvuelve y desarrolla.

<sup>195</sup> Afirma Habermas que “sí hace falta cuando menos un Consejo de Seguridad que funcione, un Tribunal Penal Internacional con jurisprudencia vinculante, y complementar la Asamblea General de representantes de los Gobiernos con un ‘segundo nivel’ que responda a una representación de los ciudadanos del mundo”. Habermas, J, *Tiempo de transiciones...*, op.cit., pág. 37.

de poder internacional, las transferencias tecnológicas, el declive del medio ambiente y las confrontaciones militares, entre otros, que ejercen fuerte presión en la economía, la política y la democracia de los Estados democráticos de derecho con resultados desastrosos incalculables. Como afirma Vargas-Machuca: “en un mundo donde abundan las asimetrías de poder y la desigualdad de recursos los grupos mejor situados tratan de valerse de cualquier regla de decisión para mejorar sus opciones de poder y de bloquear todo intento de alteración del orden establecido cuando su posición preeminente depende de su mantenimiento<sup>196</sup>”.

Una arista más a la que se ve abocada la democracia cosmopolita, en el planteamiento habermasiano, es lo concerniente a los inmigrantes y al reconocimiento de sus derechos multiculturales. Esta problemática hace necesario pasar al siguiente enunciado.

### **Excursus B. *Algunas acotaciones sobre la inmigración***

Uno de los retos actuales de la democracia, los derechos humanos y el derecho internacional, es el referido a la inmigración y la protección de los derechos fundamentales de los grupos e individuos que llegan a diversos países en busca de mejores oportunidades. Así por ejemplo, la falta de una normatividad<sup>197</sup> en pro de garantizar los derechos de los inmigrantes

---

<sup>196</sup> Vargas-Machuca, Ramón, “Justicia y democracia”, en Ramón de Maíz y Aurelio Arteta (edit.), *Teoría política: poder, moral, democracia*, Alianza, 2003, pág. 187.

<sup>197</sup> En cuanto a la parte jurídica, el profesor Asís establece tres ejes para el reconocimiento jurídico de los inmigrantes: “En efecto, en esta materia existen derechos que poseen los no nacionales independientemente de cualquier circunstancia, derechos que poseen los no nacionales si así lo establece un Tratado o una Ley y, por último, derechos que no poseen los no nacionales (salvo contadas excepciones que nos obligarían a diferenciar tipos de no nacionales que es algo que no haré aquí). Asís, R, “Derechos humanos, inmigración y solidaridad”, en Revista *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, nro. 7/2003. La Ley Orgánica 8ª. DE 2000 distingue entre extranjeros regulares e irregulares. Sólo reconoce a los primeros los derechos de reunión (art. 6),

en el país de acogida, de mecanismos adecuados para su protección, tanto los referidos a las violaciones a que se someten las personas que carecen de permisos para trabajar, la carencia de políticas claras de repatriación, de derecho de asilo, reagrupación familiar, parámetros claros de selección o exclusión<sup>198</sup>, etc., hace que se repiense el tema, la cuestión de la inmigración y los derechos humanos.

Un autor que viene abordando el tema es Javier De Lucas. Menciona que la falta de políticas claras<sup>199</sup> sobre la inmigración se debe a que los derechos de los inmigrantes no influyen notoriamente en el control de los flujos migratorios, en la gestión de proyectos en los países de “acogida”, y en las relaciones con los países que generan la inmigración. Al respecto afirma: “ Y eso es así porque se da por supuesto que los derechos de los inmigrantes son algo previo a esas cuestiones, ¿Cómo podría ser de otra manera, si reconocemos en todas nuestras Constituciones y en los instrumentos jurídicos-marco (como el Convenio europeo de 1950) los derechos humanos universales? ¿Acaso no hemos ratificado todos los

---

asociación (art.8), sindicación y huelga (art. 11), seguridad social (art. 13). Nótese la diferencia entre los derechos que tienen los ciudadanos y los extranjeros.

<sup>198</sup> Hay un artículo de Joshep Carens titulado: “Inmigración y justicia ¿ A quién dejamos pasar?”. En *Isegoría*/26, 2002. Este autor analiza las causas de la selección y la exclusión de los inmigrantes por parte de los estados; también retoma aquellas cuestiones morales a que se ven sometidos los estados al tratar de aplicar dichos criterios. Soy consciente que las políticas varían de un estado a otro. Aquí se retoma el tema de la inmigración de manera general y relacionado con los derechos humanos, por lo que no se hará alusión a temas no menos importantes como: lo económico, lo cultural, lo religioso, etc.,.

<sup>199</sup> Una idea similar sostiene Joshep Carens cuando explica. “En algunos Estados, los funcionarios de inmigración pueden utilizar criterios de selección de forma encubierta. Por ejemplo, en una ocasión hablé con un funcionario de inmigración de Quebec que me explicó que a su oficina le gustaba reclutar inmigrantes procedentes del Líbano porque hablaban, normalmente, el francés, y que preferían reclutar libaneses cristianos a libaneses a libaneses musulmanes, porque los primeros se adaptaban mejor a la cultura dominante en Quebec. Como no podían anunciar abiertamente el uso de la religión como criterio a considerar y como no podían preguntar sobre la afiliación religiosa, lo que hacían era fijarse en el nombre del solicitante”. *Ibíd.*, pág. 15. Una posición parecida es la sostenida por Ana María López cuando escribe: “ La regulación de la nacionalidad, impacta sobre las posibilidades de incorporación de los inmigrantes a la membresía política de los Estados receptores”, en “ Los retos de la inmigración”, Revista *Isegoría*/26, 2002, pág. 87.

Estados de la EU la Declaración del 48 y los Pactos del 66? Por eso, se nos pide que no repitamos lo obvio y hagamos *política en serio*. La política de inmigración no sería, conforme a este planteamiento, una cuestión de derechos, que se deben dar por supuestos como en todas las políticas públicas<sup>200</sup>. A esto se le debe agregar los intereses de los grupos de poder económico, que restringen o abren los flujos migratorios de acuerdo a su conveniencia empresarial.

En este contexto, un autor como Ferrajoli ha denunciado que los derechos que más se hacen efectivos son los de la ciudadanía, en detrimento de los que no son ciudadanos, en este caso, los inmigrantes. Igualmente se expresa el profesor Javier De Lucas cuando dice que: “Pues bien, precisamente lo que llama la atención es que, pese a tal cúmulo de obviedades, los instrumentos jurídicos de política de inmigración de los países de la Unión Europea (de España, desde luego), por referirnos a nuestro contexto más inmediato y, lo que es más grave, la opinión pública de esos países, dan por obvio precisamente lo contrario de lo que dicen sostener y realizar una discriminación en el reconocimiento y en la garantía efectiva de derechos humanos y fundamentales de los inmigrantes y, además, una discriminación pretendidamente justificada”<sup>201</sup>.

---

<sup>200</sup> De Lucas, Javier, “30 propuestas para una política de inmigración”, En *Claves de razón práctica*, 2002, nº 121. Pág. 154.

<sup>201</sup> *Ibíd.*, 160. El profesor De Lucas ha denunciado igualmente dos falacias reduccionistas inscritas en la pretendida universalidad de los derechos reconocidos a los inmigrantes: Se refiere, en primer lugar “(A) a determinada presentación de la universalidad de los derechos que es paradójicamente reduccionista e instrumental (y no apuesta en realidad por la universalidad, sino por la imposición de un molde uniforme) pues niega el principio básico de autonomía individual que es el postulado del que arranca el liberalismo. Y, junto a ello, (B), a una concepción de la integración social que peca de unidireccional. En cuanto a la primera cuestión, dice que es fácil de enunciar: cualquier posibilidad de integración pasa por el hecho de que todos y eso quiere decir en realidad *los otros* (pero ¿quiénes? ¿los otros que viven entre nosotros como ciudadanos españoles, o sólo los otros que no nacieron aquí?) acepten los valores constitucionales, y en primer lugar, los derechos humanos y la democracia, que

Hay una mirada instrumental en las actuales políticas de inmigración ya que, de un lado, están los derechos de los ciudadanos de los países ricos con derechos plenamente reconocidos y, del otro, los derechos de los inmigrantes ligados a la necesidad de un contrato de extranjería, aún en desarrollo. Como manifiesta De Lucas, el inmigrante no puede aspirar al contrato de ciudadanía, sino a otro contrato, provisional, parcial, transitorio y evidentemente inferior, el de extranjería/inmigración. La inmigración se convierte por consiguiente en una cuestión de reposición, de reemplazamiento de lo que nos falta: mano de obra en determinados sectores y períodos de tiempo, nacimientos que equilibren la desproporción de clases pasivas y población activa y nos ayuden a

---

son valores que no se pueden poner en duda. El problema es que esa tesis aparentemente indiscutible encierra no poca complejidad (¿qué catálogo de derechos? ¿qué jerarquía y qué criterios en caso de conflicto entre esos derechos?) y además suele llevar consigo otra menos evidente: “quienes llegan a nosotros han de probar su voluntad de integrarse, de respetar nuestra forma de vida, nuestros valores”. Y ahí viene una doble asimetría: la que exige en primer lugar el cumplimiento incondicionado de deberes por parte del *otro* (porque en realidad se le sitúa bajo sospecha) antes de reconocerle ningún tipo de derechos. En segundo lugar, la identificación de valores constitucionales con prácticas e instituciones sociales arraigadas: “nuestras costumbres”. En el primer caso, nos encontramos ante una argumentación que bordea el respeto de la universalidad, la igualdad y la autonomía individual. En el segundo, ante un mal entendimiento del pluralismo en serio. Baste pensar en la concreción del tan manido respeto a nuestras costumbres: ¿alcanzan a un modelo de familia como si sólo uno fuera constitucional? ¿forman parte de ese coto vedado las costumbres y usos sociales de carácter confesional: fiestas religiosas, procesiones, ritos religiosos, etc? Y aún subyace otro error: en efecto, contra lo que viene insistiendo el discurso oficial a propósito de los “errores de leyes desmesuradamente generosas que pretender imponer la integración y crean así el conflicto”, hay que decir muy alto y muy claro lo contrario: Los derechos, su reconocimiento, no crean el conflicto, no crean el racismo y la xenofobia, sino que constituyen la condición previa, necesaria aunque, desde luego, insuficiente, para que haya una política y una realidad social de integración. Y, además, o son universales, de todos, sin condición, o no son derechos humanos. Su reconocimiento no puede condicionarse al abandono de los rasgos sociales de identidad, aunque esta afirmación, que enuncio en tono provocativo para criticar el complejo de Procusto escondido tras esa supuesta universalidad, debe ser matizada.

(B). Por decirlo de otra forma: para que tenga sentido hablar de integración hay que comenzar por algo previo a los programas de interculturalidad, a las políticas de valoración positiva de la diversidad, a la lucha contra el prejuicio frente al *otro*. Y eso previo es abandonar la segunda falacia argumentativa, que afecta a la forma en que se formula la integración social, sobre todo en su vertiente culturalista. Hay que reconocer que la integración no es un proceso o movimiento unidireccional, un trágala en el que uno de los lados permanece igual a sí mismo, porque no debe cambiar, porque todo lo que sostiene es bueno de suyo, evidente, y es únicamente la otra parte la que debe integrarse”. Javier de Lucas, “Justicia, migración y derechos”, en *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, nro. 7, 2003.

mantener la población que necesitamos para contar con una posición en la EU, por ejemplo<sup>202</sup>.

Un sondeo considerado como fiable, el sondeo semanal de la SER de 20 de mayo de 2002, ofrece un retrato preocupante acerca de ese decaimiento del espíritu humanitario: más del 60% de los españoles creen en la asociación entre inmigración y delincuencia, el 75% la considera excesiva, más del 70% la percibe como un problema en el que lo más importante es adoptar medidas para limitar la llegada de inmigrantes<sup>203</sup>. Lo anterior demuestra que, a cambio de reconocérseles derechos políticos a los inmigrantes, éstos han debido despojarse de sus identidades, de la lengua, de tradición cultural, etc. Antes que derechos de inclusión han sido derechos de exclusión que buscan “dominar” a los inmigrantes. A veces los grupos subordinados no pueden encontrar la voz correcta o las palabras para expresar sus derechos y cuando lo hacen comprueban que no son escuchados por los que estructuran y manejan el poder. Como lo referencia García Amado: “negamos a los inmigrantes los derechos humanos, con algo similar al viejísimo argumento de que no los entenderían, o no los desean, o no sabrían aplicarlos. Renace por enésima vez de sus cenizas el mito del bárbaro, del esclavo, del indio, de todos los cuales se dijo en su tiempo que no podían ser tratados como nosotros porque no eran como nosotros, porque algún defecto congénito les llevaría a padecer como condena lo que para nosotros es suprema ventaja: la libertad”<sup>204</sup>.

---

<sup>202</sup> Ibíd., pág. 160.

<sup>203</sup> Ibíd., pág. 162.

<sup>204</sup> García Amado, J, “¿Por qué no tienen los inmigrantes los mismos derechos que los nacionales?”, en Revista *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, nro. 7/2003.

Una inclusión sin el debido respeto por los derechos fundamentales, puede llevar a la asimilación del uno para con el otro. Si bien, existen varios países que han concedido el derecho al voto –Europa y EE.UU–, lo cierto es que falta mucho por hacer en este campo. Los procesos migratorios y el establecimiento de comunidades de origen han producido un apreciable desacoplamiento entre el *demos* y el *ethnos*<sup>205</sup>. Lo cierto es que queda hoy todavía sin resolver las posibles transformaciones que desde el Estado o la sociedad civil permitan impulsar, un modelo social que incluya y compagine con la pluralidad en las formas de vida y una cultura política común.

Al referirse a este espinoso tema, Habermas se pregunta si deben conservar los individuos y los grupos los derechos culturales de su nación de origen al llegar a otro país o si deben adquirir los derechos culturales del lugar donde llegan o si podrían reconocerse en el marco de un Estado democrático de derecho las diferentes culturas y tradiciones. Llevando esta discusión a los términos de análisis, se puede extraer que ante estos interrogantes, Habermas ha afirmado que a los inmigrantes se les debe proteger sus tradiciones culturales y los derechos humanos, a cambio de que éstos, a su vez, respeten los principios y valores políticos del país de acogida. En este sentido declara que: “en un Estado constitucional democrático, las mayorías tampoco pueden prescribir a las minorías la propia forma de vida cultural (en la medida en que diverja de la cultura política del país) como pretendida cultura dominante”<sup>206</sup>. A renglón seguido opta por la *inclusión* –como gusta llamarle– de los grupos e individuos a la cultura política democrática del Estado de derecho del país

---

<sup>205</sup> López Sala, Ana M, “Los retos de la inmigración” en Revista *Isegoría*/26, 2002, pág 102.

<sup>206</sup> Habermas, J, *El futuro de la naturaleza humana*, Paidós, 2002, pág. 13.

de acogida<sup>207</sup>. A éste le compete garantizar las condiciones apropiadas para que los grupos e individuos no sean excluidos de facto de los procesos políticos y de reconocimiento de sus derechos, mediante la participación en la esfera pública. Habermas percibe en la solidaridad universal –a la que están llamados individuos y pueblos–, y en la inclusión política en la esfera pública de los inmigrantes, elementos valiosos para contrarrestar los impulsos destructivos de la economía que han minado los lazos de integración para con éstos.

La propuesta anterior esbozada por Habermas, dista mucho de la realidad que se vive en algunos países receptores de inmigrantes; si bien se han dado algunas condiciones para una *inclusión sensible a las diferencias*<sup>208</sup>, la dificultad se presenta cuando las situaciones reales de exclusión económicas y de ciudadanía son tan grandes que no permitan la inclusión política y jurídica de la que habla el autor. La apertura hacia aquellos grupos culturales que no se adapten a los mínimos necesarios que le exige la constitución del país de llegada de y un lado y, por otro, las asimetrías producidas por la economía mundial, se convierten en retos tanto de la teoría Habermasiana como de las democracias modernas.

Seguir en esta línea de trabajo, nos aparta del objetivo propuesto inicialmente; por tanto, no se busca explicar aquí y ahora todos los matices del problema de la inmigración; hacerlo desbordaría la intención

---

<sup>207</sup> Una inclusión demasiado estrecha, pues como menciona Habermas citando un fallo del Tribunal alemán, el problema de los inmigrantes está planteado de un modo falso y con enormes consecuencias: “ El 14 de mayo de 1996 la Sala Segunda del Tribunal Constitucional alemán declaró conforme la constitución la “regulación de los terceros estados”, así como la regulación de “Estados de procedencia seguros”, previstas en la nueva versión del derecho fundamental de asilo político”. Habermas, J, *La inclusión del otro*, Paidós, 1999, pág. 223. A los musulmanes se les aplica con mayor rigurosidad el primer criterio.

<sup>208</sup> Habermas, J, *La inclusión del otro...*, op.cit., pág. 123. ¿por medio de dicha inclusión se puede llegar a influir en la toma de decisiones relevantes por parte de los inmigrantes? Esta es una pregunta que Habermas deja sin muchas explicaciones.



de lo que se persigue en este trabajo. Lo urgente es replantear un debate serio y consensuado acerca de cuál debería ser el modelo inclusivo a tener en cuenta por los Estados receptores de los inmigrantes y no seguirlo dejando como un problema sólo de los inmigrantes que abusan del derecho de asilo. Ante todo, se sugiere revisar las políticas de inmigración conjuntamente con los afectados directamente por ésta, en aras de reconocer los derechos de los grupos e individuos que por diversas motivaciones se ven obligados a emigrar de su país de origen. De igual forma, se hace prioritario revisar la manera como se están proyectando a nivel de protección de los derechos humanos –de los inmigrantes en este caso– las instituciones internacionales como la ONU, la OEA, la OTAN, etc. En este orden de ideas, para D. Held, aún hace falta que organizaciones como la ONU desarrollen plenamente los dos Pactos sobre derechos humanos, prohibir el uso discrecional de la fuerza, crear un sistema de seguridad internacional, un parlamento global, modificar el derecho al veto del Consejo de Seguridad, convertir el derecho al voto unánime y más democrático para la Asamblea General<sup>209</sup>, crear referendos regionales y la posibilidad de que las organizaciones internacionales se sometan a la vigilancia pública.

La aproximación que se realizó a los excursus anteriormente esquematizados, fue necesaria para poder abordar las diversas cuestiones problemáticas, en especial el déficit democrático existente a nivel posnacional y que afecta de una u otra manera a los individuos que migran a otros países. Bajo esta explicación, se retoma de nuevo el tema dejado atrás sobre las categorías de los derechos fundamentales, en especial la última categoría de derechos expuesta por Habermas. Por tanto, con la quinta categoría de derechos, plantea el autor que las

---

<sup>209</sup> Held, D, *La democracia y el orden global*, Paidós, 1997, pág. 319.

pretensiones concernientes al cumplimiento de condiciones sociales, culturales y ecológicas para un disfrute en términos de igualdad de oportunidades, han de entenderse y analizarse en cuanto son condiciones materiales para el disfrute de los derechos subjetivos. Una actitud similar mantenía en su texto: *Ciudadanía política e identidad nacional*. Allí sostenía que tanto las libertades como la seguridad que al individuo aportan los derechos sociales, “pueden entenderse como base jurídica de esa independencia individual y social que es menester para que de verdad sea posible una efectiva puesta en práctica de los derechos políticos”<sup>210</sup>. Por tanto, los derechos sociales son entendidos desde el punto de vista normativo y constitucional, como legítimas aspiraciones a participar justamente en la riqueza social, mas si no se acompaña de una efectiva participación política, se puede convertir en un ‘cliente’ más del Estado social.

Según parece, en la categoría de derechos propuesta, si bien les da una importancia trascendente a los derechos individuales y políticos, deja en un segundo plano y a decisión del legislador, algunos derechos sociales y culturales –como los referidos al medio ambiente—. Al referirse a los derechos sociales argumenta: “Esta dinámica de actuación, operación e influjo sobre sí misma queda acelerada al introducirse <derechos sociales> que fundan pretensiones concernientes al cumplimiento de condiciones sociales, culturales y ecológicas para un disfrute en términos de igualdad de oportunidades de los derechos de libertad de carácter privado y de los derechos de participación política”<sup>211</sup>.

---

<sup>210</sup> Habermas, J, “Ciudadanía e identidad nacional”, en *Facticidad y validez...*, op.cit., pág. 633.

<sup>211</sup> *Ibíd.*, pág. 201.

Una posible objeción a este planteamiento radica, en la poca posibilidad que tienen los grupos e individuos desventajados socialmente para conquistar espacios políticos y de autonomía. Es fácil comprobar que no todos los ciudadanos pueden participar activamente en la construcción de proyectos “no-paternalistas”<sup>212</sup>. Habermas ha tratado de vislumbrar el problema efectuando una crítica al modelo liberal. Afirma que éste cuenta con una sociedad económica institucionalizada por el derecho privado que permanece entregado a la acción espontánea del mercado. Esto le lleva a mencionar que “si no queremos que el contenido normativo de la igualdad jurídica se convierta en su contrario, por una parte, deben introducirse derechos fundamentales de carácter social, que fundamenten las pretensiones de una repartición más justa de la riqueza producida socialmente y además garanticen una protección mejor ante los riesgos producidos socialmente”<sup>213</sup>.

Cabe de nuevo preguntar a Habermas qué y cuáles serían estos derechos sociales y si han de tener una tutela judicial efectiva o se deben dejar para las decisiones legislativas. Habermas afirmaría que éste es un proceso lento que debe ser desarrollado por los ciudadanos mediante la deliberación en el espacio público, y que por tanto, éste “tiene, por su parte, que poder apoyarse en una base social en la que los iguales derechos de ciudadanía hayan cobrado eficacia social”. Cabe preguntarse, en este punto, a qué sociedad en específico se refiere, pues es muy difícil precisar, sobre todo en sociedades altamente discriminatorias, y a la luz del excursus B, que los derechos sociales se den en igualdad de condiciones para inmigrantes y residentes de un

---

<sup>212</sup> Olson, Kevin, “Democratic inequalities: The problem of equal citizenship in Habermas’s democratic theory”, en *Revista Constellations*, Vol. 5, Nro. 2, 1998, Pág. 215.

<sup>213</sup> Habermas, *Facticidad y Validez ...*, op. cit., pág. 232. Habermas no desarrolla las técnicas jurídicas de protección de los derechos sociales; éstos sólo aparecen mencionados de manera procedimental desde los cuales poner en práctica los derechos de participación política.

determinado país, pues nadie puede negar la dura realidad a que se ven éstos abocados hoy, especialmente por las políticas neoliberales que zanján cada día más la distancia entre ciudadanos de determinados países y los que no lo son. Otra crítica conexas a la anterior radica en que en la mayoría de los modelos democráticos existentes, se presentan continuamente obstáculos para los individuos y grupos que no tienen posibilidades de influir en la toma de decisiones. Si bien, Habermas les da relevancia a los derechos sociales desde la participación ciudadana hay que recordar que frente a las manifestaciones ‘subterráneas’ de los grupos de presión, las decisiones tomadas no han sido siempre las más democráticas. Como bien se especificó al inicio de este trabajo, el objetivo principal se decanta hacia el análisis del principio discursivo en una democracia constitucional y a los derechos fundamentales de participación política; de allí que no se analizará en detalle el estudio de los derechos sociales y económicos.

De otra parte, cuando Habermas se refiere a los derechos culturales, entiende éstos no como derechos colectivos, sino como derechos subjetivos que han de venir protegidos por un reconocimiento jurídico y político, esto es, se reconocen los derechos culturales de grupo, en tanto sean exigidos por los individuos concretos de las comunidades y no por las exigencias que de ello hagan éstas como “derechos colectivos”. Últimamente Habermas ha venido debatiendo sobre este tema con algunos autores comunitaristas, entre ellos Ch. Taylor. Veamos algunos detalles.

### **Excursus C. Sobre los derechos colectivos: la discusión con Charles Taylor.**

Un reto que se le presenta a la modernidad y dentro de ella al derecho, a las democracias y a la moral, es la referida a las cuestiones sobre el pluralismo y las identidades colectivas, los derechos individuales y los derechos colectivos. Este y otros planteamientos refuerzan las constantes críticas a las sociedades actuales. En especial a las democracias liberales contemporáneas por ser ‘indiferentes’ y formales ante la diversidad cultural, que pretenden medirlo todo con el rasero de la ‘igualdad’. Esta crítica provino, especialmente, por parte de autores denominados comunitaristas<sup>214</sup> como Ch. Taylor. Éste le critica al modelo liberal –siguiendo lo que M. Walzer denomina liberalismo tipo I– la protección que ejerce sobre los derechos de los individuos sólo entendida desde los derechos subjetivos y desde la prioridad de lo justo sobre lo bueno. Taylor propone ante al modelo liberal, que es ciego a las diferencias y que ‘atomiza’ a los individuos, una política del reconocimiento que proteja la identidad<sup>215</sup> común de los diferentes colectivos desde una “política de la diferencia”. Según ésta, se exige al Estado no ser neutral –no todos los individuos persiguen los mismos planes de vida–, lo que invita a que se protejan las concepciones de vida buena y los valores de una determinada comunidad. Para el autor en

---

<sup>214</sup> Al respecto ver el trabajo sobre la polémica liberalismo comunitarismo en Thiebaut, Carlos, *Los límites de la Comunidad*, Centro de Estudios Constitucionales, 1992. Cortés, F & Monsalve, A. *Liberalismo y Comunitarismo: Derechos Humanos y Democracia*, Valencia, Colciencias, Alfons El Magnàniman, 1996. Michel Walzer, *Las esferas de la Justicia*, FCE, 1983.

<sup>215</sup> Habermas entiende el concepto de *identidad* como aquellos rasgos y valores culturales compartidos por las comunidades que no vienen establecidos de antemano, sino contruidos en los diversos procesos de interacción social. Ver *Identidades nacionales y posnacionales*, Tecnos, 1989. En un texto más reciente titulado: *La constelación posnacional*, continúa manteniendo la misma idea. En él establece que la identidad de los miembros de un grupo concreto o de una sociedad se hacen y no que se encuentran hechos. Habermas, *La constelación posnacional*, Paidós, 2000, pág. 34.

menCIÓN, los planteamientos liberales equiparan a todas las personas bajo un mismo denominador común, a saber, su igual ‘dignidad’, ‘derechos subjetivos’ y ‘libertad’, lo que exige del Estado una correlativa protección de los derechos individuales y una neutralidad frente a las concepciones de vida buena de los individuos. Este rasero puramente procedimental, no tendría presente los diferentes contextos culturales a la hora de reconocer identidad a las personas y colectivos. De allí que su propuesta se incline por una política multicultural del reconocimiento hacia los valores propios de cada cultura. Lo que reafirma los colectivos y sus identidades –afirma–, no es su abstracción, sino más bien el grado de reconocimiento en sus identidades.

Según Taylor, “nuestra identidad se realiza dentro de una determinada comunidad, donde determino quién soy y de dónde provengo”, cosa que no hacen aquellas políticas que basan los derechos individuales en la generalización, sin tener presente las especificidades en las que se insertan estos derechos. En últimas, el comunitarismo de Taylor le apuesta a la integración social desde fuertes lazos de solidaridad nutrida en la interacción de prácticas comunes compartidas<sup>216</sup>. De esta forma, el multiculturalismo de Taylor se vincula a los movimientos sociales que han sido invisibilizados por diversos intereses sociales, económicos, políticos y culturales.

---

<sup>216</sup> Taylor, Ch, “La política del reconocimiento” en *Multiculturalismo*, F.C.E, 1992, pág. 99-100. Ver, de igual manera, de este mismo autor, *Sources of the self*, Cambridge University, 1992. Hay traducción al español, en Paidós, 1998. Este autor entiende el reconocimiento como aquella acción debida que no se queda sólo en mera cortesía que se debe a los demás, “el reconocimiento es una necesidad vital”, *Ibíd.*, pág. 19. De manera similar pero en un contexto diferente, los grupos indígenas de Colombia en sus constantes denuncias a la opinión pública, manifiestan la necesidad de la no equiparación al resto del grupo mayoritario, sino, el respeto y autonomía de sus proyectos identitarios.

Habermas trata mediar en esta discusión. Está de acuerdo con las críticas de Ch. Taylor al modelo liberal individualista que es ‘ciego’ ante las diferencias. Pero le critica el no analizar correctamente la conexión interna que se da entre la autonomía privada, protegida jurídicamente, y la gsoberanía popular, garantizada democráticamente. Acepta la lucha por la búsqueda de ‘reconocimiento’ de las identidades colectivas siempre y cuando se dé, y con los mecanismos jurídicos y políticos, como sustento de emancipación de los individuos dentro del grupo. Incluso, si fuera posible permitir tales derechos de grupo en el Estado democrático, no sólo serían innecesarios, sino también cuestionables con base en un punto de vista normativo. La protección de las tradiciones y de las formas de vida, que configuran las identidades, debe servir, en último término, a promover el reconocimiento de sus miembros individualmente y, para ello no es necesario ninguna fundamentación especial ni ningún otro principio<sup>217</sup>.

Por consiguiente, el Estado no debe garantizar derechos colectivos sólo para algunos, ni tampoco privilegiar concepciones de vida buena de

---

<sup>217</sup> Habermas, J. *La Inclusión del Otro. Estudios de teoría política*, Paidós, 1999, pág. 209. Bajo los parámetros de los actuales mundos plurales y de diversas formas de vida, para Habermas resulta fundamental que exista un sistema político y constitucional que proteja la autonomía de los individuos, ya que sin ésta no se puede dar la autonomía pública. El profesor Evaristo Prieto critica a Habermas el hacer demasiadas concesiones a las comunidades éticas compartidas por los participantes en la interacción. Agrega: " Pero tampoco conviene dejar pasar la ocasión de señalar que una tal relectura en términos de eticidad de las obligaciones morales nos deja al albur de nuestras pertenencias a culturas de la motivación diferentes, en razón de nuestra socialización biográfica concreta, y relega el momento universalista que mora en el interior de la propuesta dialógica del Habermas más clásico". Evaristo Prieto Navarro, *Jürgen Habermas: Acción comunicativa e identidad política*, C.E. C, Madrid, 2003, pág. 78. A nuestro entender, el repensar por parte de Habermas los contextos desde los postulados comunicativos, lo ético-político y el derecho, ha sido el producto de la discusión con los diversos autores reseñados y en este caso, con las teorías comunitaristas. Así, el entender el Estado democrático de derecho y los derechos fundamentales desde una cultura política inclusiva de referentes éticos, morales, pragmáticos y jurídicos, ofrece mayores elementos para "rebajar" los postulados habermasianos de su teoría de "la situación ideal de habla".

éstos. Ello llevaría a que el Estado asuma funciones paternalistas<sup>218</sup> y, por ende, a que los individuos de ese colectivo no asuman sus responsabilidades de ser coautores de las normas que les han de regir. Esto podría llevar a sobrecargar la teoría de los derechos y, en consecuencia, a sustituir al individuo por el grupo, cuando es el primero el que necesita de la garantía de los derechos y a quien se le debe reconocer dignidad y autonomía tanto privada como pública<sup>219</sup>.

La apertura de la esfera pública imparcial debe permitir los reclamos culturales, en las que las minorías no reconocidas se protejan frente a una cultura mayoritaria insensible. Cita como ejemplo las luchas feministas por la reivindicación de algunos de sus derechos esenciales. Con esto pretende confutar al “Estado paternalista” que reconoce derechos a colectivos por encima de otros o a grupos por encima de individuos. Les deja al derecho, a la política y a la ética, la relación directa con los contextos culturales de forma tal que sea allí donde los individuos discutan sobre las normas que les afectan.

Da la impresión que Habermas continúa manteniendo una distinción –no tan fuerte en sus últimos escritos: *La inclusión del otro* y en *La*

---

<sup>218</sup> Habermas percibe de esta manera, en su modelo deliberativo, una manera en que los diferentes sujetos de sociedades complejas pueden discutir en la esfera pública qué derechos quieren reconocerse en su proyecto de autocomprensión comprensiva.

<sup>219</sup> Habermas, *La inclusión del otro...*, op.cit., pág. 202. Habermas ha reconocido últimamente que el respeto recíproco e igual para todos, exigido por el universalismo, debe ser sensible a las diferencias y reconocer al otro en su *alteridad*. Ver pág. 72. Como ha argumentado Taylor, una teoría de los derechos correctamente entendida requiere una política de reconocimiento que también proteja la integridad del individuo, en el contexto que forma su identidad. En sentido similar ha agregado P. Pettit, “es muy importante la observación de que la no-dominación es un bien comunitario. Significa que la causa de la libertad como no-dominación tendrá siempre para la gente comprometida con su promoción, la dimensión de una causa social y común. La libertad no es el bien atomístico asociado a la no-interferencia. Al menos en el mundo real, los individuos sólo pueden disfrutarlo en la medida en que disfrutan de él los grupos notorios a los que pertenezco”. Pettit, Philip, *Republicanism. Una Teoría Sobre la Libertad y el Gobierno ...*, op.cit., pág. 168.



*Constelación posnacional* –, entre lo que debe discutirse en interés de todos como a todos referido y lo que se considera que no se refiere a todos. Lo anterior se corrobora cuando en *Aclaraciones a la ética del discurso* escribe: “En las sociedades modernas las normas morales tienen que separarse de los contenidos concretos de unas orientaciones de vida éticas que aparecen ahora en plural<sup>220</sup>”. A nuestro modo de ver, esto afecta los derechos colectivos como se afirmará a continuación.

Para abordar la tesis anterior, se cuestionará en primer lugar el procedimentalismo a que conlleva la igualdad de oportunidades, al que hace referencia el autor alemán, pues con ello se está ‘subvalorando’, de alguna forma, los derechos colectivos, pues el reconocimiento de las identidades como derechos de los colectivos tiene, según Habermas, a los individuos como titulares y el Estado no puede privilegiar derechos colectivos por encima de otros derechos. En segundo lugar, el autor no diferencia entre la forma de participación de los individuos de la de los grupos, lo que le lleva a integrar de manera formal e indiferenciada a todos los ‘ciudadanos’ en la participación política. Ello sustituye ciertos valores compartidos necesarios en la existencia de determinadas identidades colectivas. Conforme lo anterior, afirma que los derechos de los grupos o colectivos se pueden garantizar o atender por medio del Estado de Derecho sin tener por ello que llegar a privilegiar a un grupo por encima de otro o a un grupo por encima del individuo. Lo cierto es que en la realidad sería complicado reducir todos los derechos de los intereses de grupo a derechos individuales, ya que las necesidades de

---

<sup>220</sup> Habermas, J, *Aclaraciones a la ética del discurso...*, op. cit., pág. 164.

los grupos diferenciados son precisamente eso, diferentes de las necesidades individuales<sup>221</sup>.

En tercer lugar se cuestiona a Habermas si con esta última categoría de derechos se puede afrontar el problema de los derechos de los pueblos y del medio ambiente. ¿Se puede, bajo esta rúbrica de las categorías de los derechos individuales, defender los derechos colectivos? Al pretender la neutralidad del Estado en la aplicación de los derechos –todos somos iguales en derecho–, ¿no discrimina ciertos grupos que requieren de una atención especial por parte del Estado? Habermas le critica a Rawls que una *Teoría de la Justicia* puede fundar el deseo de actuar justamente; pero que este deseo no es eficaz como cuando se quiere evitar el dolor sólo con los únicos medios del deseo. Creo que la misma crítica se le puede hacer a Habermas cuando manifiesta que los ciudadanos que discuten en la esfera pública pueden influir de tal manera que logren cambiar estructuras tan autónomas como el dinero y el poder administrativo con el deseo de la solidaridad, o como cuando manifiesta que los miembros de un colectivo poseen la facultad de unirse confiadamente en una deliberación pública, a fin de ponerse de acuerdo sobre su forma de vida en común y sobre su identidad, valiéndose únicamente de la coacción no coaccionante del mejor argumento<sup>222</sup>.

Como se puede percibir, el modelo habermasiano del ‘igualitarismo’ procedimental adquiere una pretensión formalista un poco elevada, pues las condiciones sociales de discriminación, exclusión y pobreza, ejercen

---

<sup>221</sup> Lo que sí se le debe reconocer a Habermas, ante todo, es la exigencia de garantía para con los derechos de autonomía privada, que no pueden “transferirse al grupo” so pena de eliminarla, como sucede en tradiciones culturales con valores ancestrales muy arraigados.

<sup>222</sup> *Ibíd.*, pág. 131.

una presión contraria a cualquier intento de generalizar las acciones normativas argumentativas. Pretender desconocer la realidad que viven y presentan muchos individuos y grupos insertos en constituciones democráticas muy frágiles –casos, Perú y Bolivia– donde se precisan ciertas nivelaciones positivas para “igualar” lo desigual. Hay que ser conscientes de que este planteamiento no sería aceptado por Habermas y lo tacharía de paternalista, aduciendo que le compete al modelo de Estado de derecho crear las condiciones para que no se den estas asimetrías<sup>223</sup>.

El que privilegie la autodeterminación individual, antes que la autodeterminación de ciertos colectivos que tienen necesidad de un reconocimiento jurídico y político no sólo como individuos, sino un reconocimiento ‘identitario’, –nexo con los valores culturales y de pertenencia a una determinada comunidad– a la vez que ‘ciertas’ discriminaciones positivas –las necesarias–, es no sólo fundamental sino imprescindible, si se quiere que ciertos colectivos minoritarios permanezcan como referentes de identidad de determinadas culturas o si se quiere que cierto grupo minoritario culturalmente no desaparezca por la presión que ejercen los grupos mayoritarios. ¿Qué pasa con los colectivos de aquellos estados multiculturales a los que aún no se les ha garantizado su ciudadanía<sup>224</sup> y menos su participación política como

---

<sup>223</sup> Si bien, Habermas da explicaciones pormenorizadas sobre el punto en discusión, en lo que sí se puede estar de acuerdo con él, es en que son los sujetos los que definen en la esfera pública qué derechos quieren darse, y entre ellos deben estar incluidos los derechos a ser reconocidos como sujetos con identidades compartidas, siempre y cuando, los espacios democráticos posibiliten tal acción.

<sup>224</sup> El camino en la construcción y configuración de la ciudadanía en el contexto de la modernidad democrática ha sido largo, no exento de tensiones y contradicciones, en permanente proceso de confrontación y transformación, que va desde las muy importantes fundaciones liberales del concepto, pensadas en el ámbito del reconocimiento de los individuos como sujetos libres e iguales, autónomos, en el ejercicio pleno de los derechos civiles y

ciudadanos? La respuesta parece sencilla; basta con ofrecer por parte del Estado esos derechos de ciudadanía en cuanto ciudadanos –no por sus identidades culturales–. Pero la cuestión se complica más cuándo se pregunta si ¿todos pueden ser ciudadanos en igualdad de condiciones para participar activamente en política? Habermas reconoce tal falencia cuando afirma que se necesita una inclusión ‘sensible a las diferencias’, o cuando intenta responder a esta cuestión interrogándose por una teoría de los derechos elaborada sólo en términos individualistas, y si ésta puede hacer justicia de aquellas luchas por el reconocimiento en las que parece tratarse la articulación y la afirmación de identidades colectivas<sup>225</sup>. En este orden de ideas, resulta complejo afirmar –desde el punto de vista pragmático, no desde el teórico–, que al garantizarse los derechos de participación se estén garantizando los demás derechos como los sociales o culturales. La realidad demuestra que el ser iguales, formal y jurídicamente para participar en la esfera pública, no ha logrado superar la descompensación social que viven muchos colectivos actualmente, pues se es igual ante las disposiciones consagradas en las normas constitucionales, pero no en las demandas y garantías “sustanciales” que debe realizar el Estado para con ciertos individuos o grupos discriminados histórica y socialmente.

---

políticos que permiten la reproducción del ordenamiento político, hasta los trabajos más contemporáneos que han insistido en ampliar el umbral de tal “status” al pleno reconocimiento de los derechos sociales y culturales que está demandando dicho sujeto, como prerrequisito y soporte material de lo que solo formalmente se fue definiendo en el comienzo del proyecto moderno.

<sup>225</sup> Habermas, J, *La Inclusión del otro ...*, op. cit., pág. 189 y 190. También confirma esto cuando menciona que: “La razón del moderno derecho racional no se impone en forma de “valores” universales que se pueden poseer, repartir y exportar globalmente, como si fueran mercancías. Los “valores”, también aquellos que pueden contar con el reconocimiento global, no penden del aire, sino que sólo llegan a ser vinculantes en los órdenes y prácticas normativas de determinadas formas culturales de vida”. Habermas, J, “¿Qué significa el derribo del monumento? “, *El país*, España, 17 de abril de 2003.

Desde la perspectiva de este trabajo, se hace indispensable unas determinadas protecciones jurídicas específicas de las diferencias culturales, sin que ello signifique que se limiten los derechos individuos en bien de la tradición de sus comunidades. Esto permitiría el surgimiento de una solidaridad que abarque grupos de identidad relevantes, sin que represente la imposición de homogeneidad de pensamiento o que se viole la autonomía de los sujetos que se sienten pertenecientes a un colectivo cultural diferenciado. El reconocimiento de las diferencias hace compatibles las exigencias de validez de la pluralidad y diversidad individual y del colectivo si se dan desde condiciones solidarias respetuosas, con unas reglas definidas y garantizadas por el Estado democrático de derecho.

En este mismo contexto, tampoco está muy claro por qué el autor remite el derecho al medio ambiente, no a una discusión universal –moral en este caso–, sino a las discusiones éticas de intereses y orientaciones valorativas. Causa desconcierto cuando asevera “La responsabilidad del hombre, por las plantas y por la conservación de especies enteras no se puede fundamentar con base en los deberes de interacción, es decir moralmente. Sin embargo puedo imaginar con Patzing, además de razones de prudencia, también buenas razones éticas a favor de la protección de las plantas y de las especies<sup>226</sup>”.

¿No deben, acaso, discutirse globalmente los derechos a un medio ambiente sano, por corresponder éstos a todos los seres vivos? ¿Por qué Habermas les asigna a los principios morales<sup>227</sup> –universales– la

---

<sup>226</sup> Habermas, J. *Aclaraciones a la ética del discurso...*, op. cit., pág. 231.

<sup>227</sup> Principio que postula en este caso una escisión entre lo ético y lo moral como cuando expresa: “Los valores culturales llevan consigo, desde luego, una pretensión de validez

distribución de la riqueza social y deja la ecología al discurso ético<sup>228</sup>? –ligados a interpretaciones culturales–. ¿No representa el medio ambiente un espacio de trascendental importancia que puede ser debatido por el interés general y para que sea discutido por todos los afectados? Es un enfoque –a mi parecer–, complejo y que necesita de un planteamiento menos procedimental con relación a la quinta clasificación de derechos expuesta por parte de Habermas, pues deja un flanco de crítica demasiado visible, que lleva a pagar un alto precio a los derechos sociales, económicos y culturales como ya se ha expuesto y que se intentará explicar aun más a continuación.

En el texto *Tiempo de transiciones* Habermas aborda nuevamente el tema de los derechos fundamentales, pero con la extrañeza que no retoma directamente los derechos de quinta categoría –los concernientes a los sociales económicos y culturales–; sólo se dedica a explicar en términos generales que si “queremos hacer plausible la idea de que la democracia y el Estado de derecho no están entre sí en una relación paradójica, tendremos que explicar en qué sentido los derechos fundamentales *en su conjunto*, y no sólo los derechos ciudadanos políticos, son constitutivos para el proceso de la autolegislación<sup>229</sup>”.

Esta explicación en “conjunto” de los derechos fundamentales parece clara, pero llama la atención el que Habermas realice un recorrido

---

intersubjetiva, pero están tan implicados en la totalidad de una forma de vida particular que no pueden aspirar, sin más, a la validez normativa en sentido estricto”. *Ibíd.*, pág. 188.

<sup>228</sup> Una tesis similar sostiene el profesor Prieto Navarro. Éste sustenta que Habermas mantiene una esfera de lo justo, de las cuestiones morales, incontaminada por las propuestas éticas sobre los bienes; que este dominio de la moral representa un plus de racionalidad frente a la validez local de la ética; y que esa superioridad se fundamenta en la imparcialidad del punto de vista moral sobre las concepciones del bien. Prieto Navarro, Evaristo, *Jürgen Habermas: Acción comunicativa e identidad política*, C. E. C, 2003, pág. 280.

<sup>229</sup> Habermas, J, *Tiempo de transiciones*, Trotta, 2004, pág. 156.

explicativo sobre los derechos fundamentales, empezando desde los derechos individuales, pasando por los derechos de garantías procesales y terminando con los de participación política en igualdad de oportunidades<sup>230</sup>, pero sorprende el que no se detiene a explicar los derechos sociales económicos y culturales. Dice Habermas: “Tenemos, pues, que distinguir cuidadosamente dos etapas: en primer lugar, la etapa de la explicación conceptual del lenguaje de los derechos subjetivos, en el cual puede darse expresión a la práctica común de una asociación de sujetos jurídicos libres e iguales que se determinan así mismos, y que constituye por cierto la única encarnación posible del principio de la soberanía popular. Y en segundo lugar, la etapa de la realización de este principio por medio del ejercicio y la realización efectiva de esa práctica”<sup>231</sup>. La anterior cita corrobora la sospecha sobre la fundamentación “relativa” que Habermas la da a los derechos sociales. Los derechos fundamentales que denomina ‘*en su conjunto*’, están sólo referidos a las categorías de 1 a 4.

Ahora bien, Habermas es claro cuando afirma, que en su planteamiento no existe una relación de jerarquía entre las categorías de los derechos fundamentales, así como en las condiciones de ejercicio de los mismos. Lo que se quiere criticar es la condición derivativa y posibilitante de los derechos sociales con respecto a los derechos fundamentales de los ciudadanos, en especial, con el derecho a la participación política. Esto se puede evidenciar en la tipología de los derechos presentada en *Facticidad y validez*, *Tiempo de transiciones* y en la *Inclusión del otro*. En tales obras admite una fundamentación débil para los derechos sociales y económicos. La tesis expuesta en este trabajo de investigación, es que

---

<sup>230</sup> Ibíd., pág. 157.

<sup>231</sup> Ibíd., pág. 159.

la posición de Habermas es ambivalente<sup>232</sup> en el desarrollo de la quinta categoría de derechos, pues si bien, expone en primer momento, que los derechos sociales son una parte integrante de la categoría de los derechos fundamentales, pasa en segundo momento a decir que dichos derechos sirven para la realización de las categorías 1 a 4; además, tales derechos derechos sociales son deducidos mediante la autodeterminación y participación de los ciudadanos en la esfera pública. Para Habermas, la razón de dicha deducción radica en que el individuo no puede ser un agente pasivo de las burocracias estatales y por lo tanto del paternalismo del Estado<sup>233</sup>. Creo que esta es la manera en que Habermas expone los derechos sociales como “relativamente fundados”<sup>234</sup> y por tanto como derechos que sirven a la realización de las cuatro categorías anteriores; lo que conlleva a que si bien, éstos pueden ser debatidos en la esfera pública y por lo tanto con carácter de poder institucionalizarse, también es cierto que existen individuos y grupos a los que se le niega de facto poder participar en la esfera pública en igualdad de condiciones y así se les negaría la posibilidad de realizar estos derechos.

Para recapitular, se puede sostener que en la perspectiva iusfilosófica habermasiana es posible hablar de derechos fundamentales y

---

<sup>232</sup> Al respecto R. Alexy dice: “Habermas sostiene una posición ambivalente respecto de los derechos sociales”. Alexy, R, Prólogo a *El concepto de los derecho sociales fundamentales*, en Rodolfo Arango, Universidad Nacional de Colombia, 2005.

<sup>233</sup> “Un Estado social que cuida de la existencia de los individuos repartiéndoles oportunidades vitales, es decir, que con el derecho al trabajo, a la seguridad, a la salud, a la vivienda, a un mínimo de recursos, a la educación, al tiempo libre y a las bases naturales de vida, empieza garantizando a cada cual la base material para una existencia digna, correría claramente el peligro de mermar con esos sus penetrantes procedimientos y métodos precisamente la autonomía por la cual se le ha encargado la función de cumplir los presupuestos fácticos que son menester para que los sujetos tengan igualdad de oportunidades a la hora de hacer uso de sus libertades negativas”. Habermas, *Facticidad y validez...*, op.cit., pág. 489.

<sup>234</sup> *Ibíd.*, pág. 189.



participación ciudadana deliberativa, dentro del marco del Estado democrático de derecho, el cual ha de estar articulado en términos de

*Teoría de Acción Comunicativa* y del principio discursivo. La teoría expuesta pretende, de acuerdo a ello:

1. Superación del Estado liberal clásico de derecho. Esto es, del Estado que protegía sólo los derechos individuales y la propiedad por medio del derecho privado. De acuerdo con la reconstrucción interna del derecho, este modelo presenta, para Habermas, varios aspectos problemáticos:

1.1. La poca participación ciudadana en la deliberación pública, lo que a su vez ocasiona:

1.1.1 Actores sociales dotados de un poder de presión y de negociación que, en ocasiones, desbordan el marco legal. Estos se han 'autonomizado', construyendo una fuerza que influye negativamente en todos los poderes del Estado, permeando todos los órganos de la administración y de la justicia, lo mismo que a los medios de comunicación.

1. 1. 2 Los derechos fundamentales son concebidos sólo como derechos subjetivos. Ello interfiere en la construcción de un espacio público político, en detrimento de los derechos de participación, conllevando por ende, al no fortalecimiento del Estado Democrático de derecho, "desbordando, como tal, el medio de acción y regulación que representa el derecho moderno".

2. Los derechos sociales y culturales dados en un Estado que imposibilita la participación ciudadana, llevarían, según Habermas, al paternalismo e imposibilitaría la autonomía política de los individuos como coautores del derecho que ha de regirles.

Propone como solución frente al modelo clásico liberal y social de derecho:

1. El reconocimiento recíproco de los derechos de los individuos y grupos, en igualdad de condiciones, ha de caracterizar el Estado democrático de derecho; en éste, el principio discursivo aporta elementos valiosos mencionados anteriormente como el de institucionalizar a través del principio democrático, aquellas demandas en las que participen todos los afectados.

2. Los derechos fundamentales se obtienen en los procedimientos democráticos provenientes y contruidos en la deliberación pública. “ Y con esto estamos en el núcleo mismo del paradigma procedimental del derecho: conforme a una formulación de I. Maus, <la combinación completa y la mediación recíproca de soberanía popular jurídicamente institucionalizada y soberanía popular jurídicamente no institucionalizada>”<sup>235</sup>.

3. Se da una clara separación – complementariedad – de poderes, que extrae su legitimidad de una racionalidad pública que garantiza la imparcialidad de los procedimientos legislativo y judicial.

4. El control constitucional adquiere gran relevancia: tiene como función principal la seguridad jurídica, el bienestar social y la prevención de los

---

<sup>235</sup> Habermas, J, *Facticidad y Validez ...*, op.cit., pág. 528.

abusos contra la dignidad humana. Los derechos fundamentales aparecen como “límite” y garantía de los sujetos con relación al Estado.

5. Los procedimientos Democráticos tienen la función relevante de fortalecer la legitimidad del Estado democrático de derecho, de donde surge la validez y la facticidad de las normas. De esta manera se domestica la soberanía estatal absolutista propia del Estado liberal individualista.

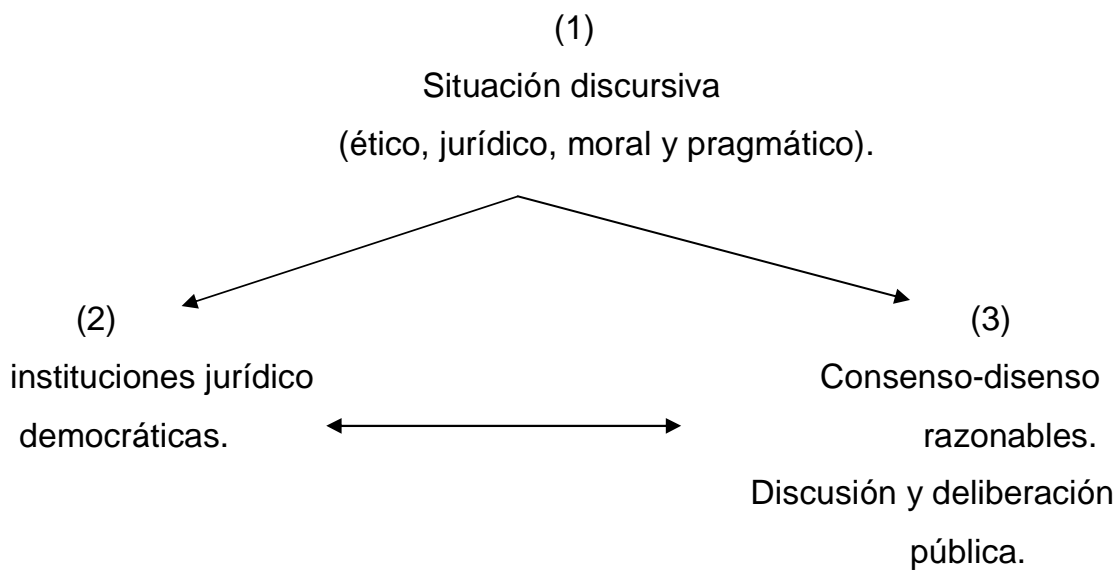
6. La democracia deliberativa interrelaciona estos dos paradigmas de la tradición liberal y republicana y, con fundamento en el procedimiento comunicativo, une derechos del individuo y opiniones comunes. De allí que afirme, constantemente Habermas, que la legitimidad del derecho se basa, en última instancia, en un mecanismo comunicativo; de donde parte por lo tanto, la conexión interna que se busca entre soberanía popular y derechos del hombre. En tal “sistema de derechos “ se recogen exactamente las condiciones bajo las que pueden, a su vez, institucionalizarse jurídicamente las formas de comunicación necesarias para una producción de normas políticamente autónomas<sup>236</sup>.

Los anteriores puntos permiten entender de forma diferente el Estado democrático de derecho propuesto por Habermas, ya que atendiendo a la deliberación pública se analizan tanto las decisiones de fundamentación como de aplicación de las normas a partir de procedimientos que satisfagan condiciones de legitimidad, propias del Estado democrático de derecho. El paradigma discursivo sustentado en la deliberación pública complementa los modelos liberal y social respectivamente. Se Intentará

---

<sup>236</sup> Ibíd...,pág. 169.

representar lo anterior en el siguiente esquema, a fin de poder clarificar y sintetizar lo planteado en éste capítulo:



En (1) los sujetos discutirían todo lo relacionado con su opción de vida, a partir de sus intereses éticos, morales y pragmáticos. Las distintas pretensiones de validez, susceptibles de crítica, requieren llegar a acuerdos comunes sobre cuáles normas han de necesitar para poder vivir socialmente. Se proponen, para ello, argumentos racionales donde todos tengan la oportunidad real de poder participar, en igualdad de condiciones, sobre lo que se discute: reglas de la argumentación, dadas de acuerdo a espacios democráticos confiables y garantizados por medio del derecho; es decir, que se den plenamente las condiciones, para que exista reconocimiento intersubjetivo, o ámbito de "interacción comunicativa-discursiva" como gusta decir a Habermas (paso de 1 a 2). Tomando como base tanto el consenso como el disenso que representan

los mejores argumentos –se exige dar razones sobre sus justificaciones, desde pretensiones de validez–, se ha de decantar qué es lo justo y válido, para poder ser aceptados por todos los sujetos. El derecho positivo moderno – que ahora intenta integrar el “mundo de la vida y el sistema” –sería el código que traduce a (paso de 2 a 3) –que es el espacio institucional– la deliberación procedente de (1) y (2). Allí, éstos conceptos adquieren connotaciones comunicativas y pueden, por medio del principio democrático, configurar un sistema de derechos garantizado por las instituciones marco del Estado de derecho; de otro lado, logra que no se desborden las presiones y opiniones provenientes de la sociedad civil, pero a la vez permitiendo que los ciudadanos, en su doble autonomía, puedan dotarse de derechos a sí mismos por medio de las instituciones que han legitimado para ello.

De (2) y (3) se da la siguiente relación: (3) manifiesta en forma de input las opiniones públicas relevantes a ser consideradas y tenidas en cuenta por las instituciones; de igual forma (2) revierte –*outputs*–, por conducto del código de derecho, las normas fundamentadas mediante procedimientos democráticos y que han de ser aplicadas, al caso concreto, por los órganos especializados para ello. De (1) y (3) se deduce lo siguiente: las situaciones particulares, comunes o de interés general, necesitan ser llevadas a la discusión pública –manifestación de la autonomía privada en deliberación pública–. La idea es que, por medio del principio discursivo, se construya derecho legítimo y de allí se torne en poder administrativo; partir de la teoría del discurso hace que el poder administrativo no se ‘encasille’ autárquicamente. Como bien afirma al respecto Habermas, la diferenciación institucional que se expresa en la separación de poderes del Estado, tiene la finalidad de ligar el empleo del poder administrativo al derecho, democráticamente establecido, de suerte

que el poder administrativo sólo se regenere a partir del poder comunicativo generado por todos los ciudadanos en común.

### CAPÍTULO III

#### **DEMOCRACIA Y ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO: RELACIÓN ‘TENSIONAL’ ENTRE EL JUEZ Y EL LEGISLADOR (DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL) .**

*“La tensión inmanente al derecho entre facticidad y validez se manifiesta dentro de la administración de justicia como tensión entre el principio de seguridad jurídica y la pretensión de estar dictando decisiones correctas”.*

J. Habermas.

Con el fin de integrar en su modelo los derechos fundamentales provenientes de la tradición liberal y social, Habermas plantea el principio de fundamentación y aplicación imparcial de normas. Pretende, por medio de este principio, entendido discursivamente, explicar la necesidad que tienen los ciudadanos, en sociedades complejas, de poder reconocerse y ejercer activamente sus derechos. La justificación de normas jurídicas interpretadas desde la perspectiva del derecho moderno debe procurar la equiparación jurídica de los individuos caso por caso, con el fin de proporcionar igualdades ‘fácticas’ y libertades reales. La propuesta de Habermas sobre la avenencia imparcial de las normas, radica en la necesidad de integrar la igualdad jurídica y la igualdad fáctica, la fundamentación y aplicación de normas, la tensión entre la

facticidad y la validez normativa, con el fin de analizar todos los casos donde han de manifestarse las decisiones normativas, si es que esta regulación normativa se quiere efectuar en términos de Estado democrático de derecho. Los procedimientos de producción democrática de derecho y la aplicación imparcial de esas normas protegen, por medio de éste, las dos dicotomías a las que se ha hecho referencia. Por consiguiente, afirma Habermas, “en la administración de justicia la tensión entre la legitimidad y la positividad del derecho se aborda y se resuelve, en lo que a contenido se refiere, como el problema de una decisión correcta (legitimidad) a la vez que consistente (positividad). Pero la misma tensión vuelve a producirse, no ya en el nivel de los contenidos, sino en el nivel pragmático de la práctica de las decisiones judiciales, porque las exigencias ideales, a que está sujeto el procedimiento argumentativo, han de ser puestas en consonancia con las restricciones impuestas por la necesidad fáctica de regulación”<sup>237</sup>.

Los principios de fundamentación y aplicación son procesos discursivos distintos y complementarios. Distintos en cuanto a que la fundamentación argumentativa de normas de cara a una situación de acción, sólo son aplicables *prima facie* en sentido racional. En cuanto al principio de aplicación, las circunstancias que se mantienen iguales deben complementarse con una descripción lo más completa posible de la situación y las variables de cada caso. Son complementarios en tanto la praxis legislativa debe prestar atención a la fundamentación imparcial de normas jurídicas derivadas de procedimientos democráticos, sin descuidar los discursos de aplicación, manifiesta en una administración de justicia independiente. Como afirma Günther: “los participantes en un

---

<sup>237</sup> Habermas, *Facticidad y validez ...*, *op.cit.*, pág. 306.



discurso de aplicación están obligados a considerar una norma aplicable *prima facie* como razón para la fundamentación de un juicio particular”<sup>238</sup>.

En consecuencia, Habermas acude a la diferenciación entre los discursos de aplicación de normas y los discursos de fundamentación; trata de adecuar las normas de aplicación a situaciones concretas que tomen en cuenta todas las circunstancias descritas relevantes, con el fin de que las decisiones tomadas por los jueces –según el modelo de control de constitucionalidad– cuenten con todas las garantías necesarias. Los argumentos que se presentan para la *aplicación* de las normas a cada caso, toman su validez de las normas vigentes en el sistema jurídico, previamente desarrolladas por el legislador. Se pretende, con las normas de aplicación, una justicia independiente que interprete el derecho vigente, garantizar la seguridad jurídica y la aceptabilidad racional de las decisiones judiciales<sup>239</sup>. En el discurso de *fundamentación*, la administración y el parlamento han de recibir competencia para la producción normativa, por medio del procedimiento democrático que les faculta para actuar conforme a la manifestación derivada del poder comunicativo de los ciudadanos.

---

<sup>238</sup> K, Günther, “Un concepto de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica”, texto traducido por Juan Carlos Velasco A, en *Doxa* Nro. 17, 1995, pág. 284.

<sup>239</sup> *Ibíd.*, pág. 241. En este sentido se expresa Francisco Laporta: “Así pues, tanto por lo que se refiere a la calificación de los hechos, es decir, a la subsunción del supuesto de hecho en la condición de aplicación de la norma, por lo que se refiere a la interpretación de la solución normativa, la actividad de aplicar normas ha de estar constreñida por unas exigencias de racionalidad interna que son las únicas que pueden avalar que la premisa normativa así construida esté justificada o sea válida”. Laporta, Francisco, “Imperio de la Ley y seguridad jurídica” en Elías Díaz y José Luis Colomer *Estado, justicia, derechos*, Alianza, 2002, pág. 120.

Con el análisis de la diferenciación entre normas de aplicación y normas de fundamentación –que toma Habermas de K. Günther<sup>240</sup>– explica la forma de aplicación de las normas en un determinado modelo de Estado –Estado democrático de derecho– y la manera de manifestarse éstas en la protección de los derechos fundamentales, a la vez que garantiza seguridad jurídica. Esto le lleva a esbozar el procedimentalismo democrático, por un lado, y la acción coercitiva que el derecho legítimo ejerce, por otro, en el momento de aplicar las normas fundantes provenientes de la actividad legislativa. Se presenta, como resultado, una doble relación, tanto de complementariedad como ‘tensional’ a la vez, entre el juez que aplica las normas, y el legislador, que las produce. Mientras que el primero busca la protección de los derechos por medio del sistema jurídico, partiendo de la pretensión de corrección entre las normas y principios en virtud del ejercicio de su ponderación y aplicación a un determinado caso mediante decisiones racionales y se intenta, por consiguiente, que en cada caso concreto opere la mejor interpretación judicial posible a partir de las disposiciones normativas que garantizan derechos fundamentales, el segundo se orienta hacia la justificación y protección de los derechos, desde los procedimientos democráticos plenamente establecidos, a través de la teoría discursiva del derecho, ya que la participación, como forma de comunicación, sustenta las bases para el consenso y para la toma de decisiones razonables.

---

<sup>240</sup> Günther, K. *The sense of appropriateness, Application Discourses in Morality and Law*, University of New York Press, Albany, 1993.

Habermas se sitúa en la segunda propuesta por ser un defensor de una teoría discursiva de toda argumentación válida. Pero, ante la imperiosa necesidad de proteger los derechos, vislumbra la relevancia que tienen los Tribunales Constitucionales y los jueces en general, cuando éstos, al decidir casos concretos, se remiten a los principios consagrados en la Constitución e interpretan, por medio de ellos, la soberanía popular.

Procura con esto, por ejemplo, que las revisiones que realiza el Tribunal Constitucional se adecuen a las normas en perspectiva constitucional y a la vez protejan derechos provistos y provenientes de y desde el procedimiento democrático. “Al Tribunal Constitucional las razones legitimadoras, que tiene que tomar de la Constitución, le vienen dadas desde la perspectiva de la aplicación del derecho, y no desde la perspectiva de un legislador que ha de interpretar, desarrollar y dar forma al sistema de los derechos al perseguir sus propias políticas”<sup>241</sup>, afirma. El Tribunal Constitucional, con criterios racionales, somete a examen las normas creadas por el legislador, con el fin de servirse de una decisión coherente que le lleve al análisis del caso particular y, que a la vez, concuerde con los principios jurídicos vigentes. Esta doble relación será la que permita comparar la propuesta del ‘principio de fundamentación’ y ‘aplicación’ habermasiano con otras teorías(I), que si bien persiguen el mismo objetivo, ofrecen un recorrido teórico diferente. Se aborda con ello el planteamiento de B. Ackerman, R. Dworkin y R. Alexy. La comparación entre los modelos liberal norteamericano y alemán, ha de orientar el análisis de la propuesta de los derechos en clave habermasiana en términos de fortaleza o debilidad ante los autores recién mencionados; en lo referido a los discursos de aplicación,

---

<sup>241</sup> Habermas, *Facticidad y validez...*, op.cit., pág. 310.

fundamentación de normas y la polémica que éstos presentan con la “tesis de la única respuesta correcta”(II).

### **1. Tribunal Constitucional y deliberación pública. Una mirada desde el ‘dualismo’ constitucional de B. Ackerman.**

Últimamente se viene debatiendo hasta dónde puede llegar y cuál es el alcance de la competencia de los Tribunales Constitucionales y si es posible que éstos interfieran en la actividad del legislador, a quien le compete la función de crear normas de carácter general, impersonal y abstractas. R. Alexy, L. Ferrajoli y R. Dworkin se acercan a este problema por medio de una perspectiva garantista que proteja ante todo los derechos fundamentales<sup>242</sup>.

Para Alexy por ejemplo, los derechos fundamentales, en la medida en que tienen el carácter de límites a los poderes públicos, son disposiciones subjetivas que establecen obligaciones y deberes al legislador y, por lo tanto, limitan su competencia. Así, cuando el Tribunal Constitucional establece que el legislador no ha cumplido con su deber constitucional de proteger y garantizar derechos fundamentales, o se ha extralimitado en sus competencias, está obligado a declarar la acción de inconstitucionalidad por expresa autorización de la misma Constitución y no estará, por ende –en el caso de revisar ex post la inconstitucionalidad de una ley que viola derechos–, afectando las competencias del legislador sino, por el contrario, estará cumpliendo

---

<sup>242</sup> Alexy, R. *Teoría de los Derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, 1993. Ferrajoli, *Derecho y Razón* Trotta, 1998 y *Derechos Y Garantías, la Ley del más débil*. Trotta, 1999.

lo que ordena la Constitución construida por medio de procedimientos democráticos.

En cuanto a los procedimientos democráticos, éstos necesitan de un constitucionalismo dinámico que salvaguarde las reglas de participación y deliberación en los espacios democráticos, así como los derechos fundamentales. En esta perspectiva, los tribunales constitucionales deben hacer viable las diferentes formas en que se manifiesta la democracia deliberativa, sin necesidad de apartarse del texto constitucional y posibilitar jurídicamente las condiciones de una verdadera participación pública. Los tribunales constitucionales y los jueces en general, tienen presente el principio discursivo habermasiano cuando protegen, mediante mecanismos constitucionales, los *inputs* provenientes de la cultura política deliberativa cuyo telos es contribuir a legitimar las estructuras de la democracia constitucional. La función de los jueces y los Tribunales Constitucionales, desde esta perspectiva, consiste en hacer efectiva la mayor gama posible de garantías en pro de los derechos fundamentales y en abrir los canales de la participación ciudadana cuando por omisión o negligencia son ignorados por parte del legislador, como sucede con frecuencia con los denominados derechos sociales, económicos y culturales.

Desde el anterior argumento, el republicanismo<sup>243</sup> es un modelo que se orienta más por la participación y la autodeterminación de los ciudadanos en la construcción de normas que han de regirles. –Como mecanismo de complementar la autonomía privada<sup>244</sup>– Esto hace que Habermas le preste gran atención, en especial a la autonomía pública, la deliberación y discusión activa de los ciudadanos en los asuntos comunes, los cuales no se manifiestan sólo como libertades negativas sino como derechos de participación política. Así, la soberanía popular entendida democrática y comunicativamente, logra mediar entre la autonomía privada y pública.

En este sentido, la participación es una construcción colectiva<sup>245</sup> estructurada políticamente que requiere, por parte del Estado, de mecanismos de protección y espacios de poder ‘hacer’, posibilitando un mayor acercamiento a intereses comunes que aseguren la necesidad de una más amplia democracia deliberativa y poder así satisfacer lo que

---

<sup>243</sup> En términos generales, el republicanismo pretende que las decisiones tomadas por los órganos decisorios, sean reflexivas, bien fundadas racionalmente, responsables, que hayan contado con la suficiente deliberación en la esfera pública y que no haya sido elaborada sólo desde intereses individuales. Los ideales republicanos proponen que los ciudadanos ejerzan activamente su libertad positiva y que controlen las actuaciones del Estado. El republicanismo apuesta por una democracia capaz de someter a discusión las decisiones tomadas desde el poder que sea a la vez deliberativa; basado en argumentos y no una negociación entre intereses individuales. Todas las minorías tienen derecho a la voz y responsable; sensible a las críticas y a las demandas ciudadanas. Busca garantizar no la libertad de coacción externa, sino la posibilidad de participar conjuntamente como autores políticos, en la conformación de una comunidad de sujetos libres e iguales. Un autor de procedencia republicana es F. Michelman, a quién Habermas cita frecuentemente. Ver igualmente Pettit, P, *Republicanism: Una teoría sobre la libertad y el gobierno*, Paidós, 1999. Los derechos fundamentales a la participación son claves en las propuestas republicanas como la habermasiana, como quedó planteado en la cuarta categoría de los derechos fundamentales.

<sup>244</sup> Como expone Habermas: “La formación de la voluntad política depende de un entendimiento comunicativamente alcanzado por una sociedad civil vigorosa que en nada se parece a los intereses privados, preside el modelo liberal clásico”. Habermas, *Facticidad y validez...*, op. cit., pág. 481.

<sup>245</sup> Es de recordar que no hay un compromiso absoluto de Habermas por los valores densos de una determinada comunidad, como se tuvo oportunidad de mencionar anteriormente, sino una especie de “convicción” por una determinada manera de deliberación que coadyuve a construir espacios políticos de autogobierno en los destinos de su comunidad, con el fin de que la política varíe sus pautas de sólo distribución.

Zapata-Barrero ha denominado la tesis de la congruencia<sup>246</sup>. Bajo esta dinámica democrática-participativa, los ciudadanos se reúnen y argumentan cuáles han de ser los derechos que se han de reconocer y la manera como han de institucionalizarlos. La justificación de la existencia de un Estado no radica en que éste proteja sólo los derechos subjetivos, sino en la eficacia que ofrece un proceso inclusivo de la formación de la opinión y la voluntad, en el que los sujetos tratan, al máximo, de entenderse acerca de qué objetivos y normas son de interés común de todos.

Para Habermas, las condiciones de formación de la voluntad, la opinión política y, por ende, una participación en la esfera pública han sido, sobre todo, desarrolladas por el republicanismo. Expresa en este sentido que “La comprensión republicana de la política pone en primer plano la conexión interna del sistema de los derechos con la autonomía política de los ciudadanos”<sup>247</sup>. Este modelo posibilita a los ciudadanos una mayor participación en el procedimiento de creación de normas y principios, al mismo tiempo que brinda una mayor garantía a los derechos desde las instancias judiciales, porque es a los jueces en general y a los Tribunales Constitucionales en particular<sup>248</sup>, a quienes les compete garantizar y proteger los derechos que se han juridificado por medio de procedimientos deliberativos, en donde han participado los ciudadanos activamente en la producción de normas provenientes en su doble vertiente –*de inputs y outputs*– hacia y desde el Estado democrático de derecho. De acuerdo con lo anterior, se puede deducir que el modelo

---

<sup>246</sup> Zapata-Barrero, R, *Ciudadanía, democracia y pluralismo cultural: hacia un nuevo contrato social*. Anthropos, 2001, 210.

<sup>247</sup> Habermas, *Facticidad y validez ...*, *op.cit.*, pág. 348.

<sup>248</sup> Un modelo democrático constitucional ha de poder contar con un poder judicial independiente del legislativo, pues ofrece mayores garantías a los ciudadanos en cuanto interpreta y aplica las normas y principios construidos democráticamente, que pasan a regir esa determinada comunidad jurídica

republicano se acerca más a la democracia deliberativa, por darse en éste más afinidades solidarias e intereses comunes, pues la democracia deliberativa toma como relevantes la formación de la voluntad y la acción política como posibilidad de deliberar públicamente.

Con relación a la idea dejada atrás sobre la función de los jueces y los Tribunales Constitucionales, en tanto garantes de los mecanismos participativos y de los derechos fundamentales, expresa Habermas –al referirse al Tribunal Constitucional–, que éste debe someter a examen los contenidos de las normas controvertidas en conexión, sobre todo, con los presupuestos comunicativos y las condiciones procedimentales del proceso democrático de producción de normas, ya que la falta de una democracia deliberativa afecta los espacios de participación. Afirma: “Tal comprensión procedimentalista de la constitución da al problema de la legitimidad de la jurisdicción constitucional un giro en términos de teoría de la democracia”<sup>249</sup>. Siguiendo con este planteamiento, se especifica que los jueces deben estar en contacto permanente con los procesos de deliberación pública y no ser ajenos a las deliberaciones que parten de los espacios públicos informales como de las deliberaciones desarrolladas en el parlamento.

En este sentido, la Corte Constitucional puede fortalecer, mediante mecanismos jurídicos, las acciones dialógicas que los ciudadanos producen continuamente en la esfera pública, de modo que se den mayores posibilidades de ser tenidas en cuenta por los diversos estamentos del Estado y los sistemas económicos que se han convertido autárquicos en sus decisiones. Es permitir que los individuos puedan ejercitar sus derechos sin demasiadas interferencias. Ésta es, a nuestro

---

<sup>249</sup> Habermas, *Facticidad y validez ...*, op. cit., pág. 337.



modo de ver, una aproximación a la Democracia Constitucional deliberativa.

Entre los autores que se ubican en esta propuesta argumentativa, se encuentra B. Ackerman,<sup>250</sup> para quien el control constitucional es una de las más genuinas prácticas democráticas. Considera que la Corte Constitucional debe preservar la voluntad del pueblo, frente a las intromisiones del gobierno. Según este autor, los flujos de comunicación que viajan a doble ‘carril’ complementan la relación que debe existir entre las deliberaciones públicas provenientes de la soberanía popular con sus representantes y el equilibrio que deben dar a éstas los órganos judiciales.

B. Ackerman caracteriza lo que ha denominado como el ‘*dualismo democrático*’ de la siguiente manera: “El dualismo hace un intento por diferenciar dos clases distintas de decisiones políticas a las que, a su vez, le adjudica distinta legitimidad. Primero, las decisiones tomadas por el pueblo mismo; y segundo, las decisiones tomadas por el gobierno. A las primeras las denomina “momentos constitucionales fuertes”<sup>251</sup>. Son, según su parecer, muy independientes de las decisiones políticas habituales. Es un instante muy serio en la vida de los ciudadanos, por cuanto en ese momento deciden sobre algo verdaderamente importante,

---

<sup>250</sup> Ackerman Bruce, *La política del Diálogo Liberal*, Gedisa, 1999.

<sup>251</sup> B. Ackerman, “Tres concepciones de la democracia constitucional”, *Cuadernos y Debates*, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pág. 16. J. Rawls siguiendo a Ackerman, le confiere la salvaguarda de la *Razón Pública* a la Suprema Corte, afirmando que es una entidad institucional ejemplar, por lo que se deduce que la razón pública es la única razón ejercida por ésta. “ Los ciudadanos y los legisladores pueden votar por sus más amplios puntos de vista cuando no estén en juego los elementos constitucionales esenciales y la justicia básica.” Rawls, J, *Liberalismo político ...*, *op.cit.*, pág. 224. Lo que es discutible es esta afirmación rawlsiana, es por qué, cuando entran en juego elementos constitucionales básicos, ha de dejarse de lado los derechos sociales y económicos.

pues se han organizado para discutir las nuevas normas constitucionales que han de guiarlos .

Para Ackerman, las decisiones del gobierno ocurren diariamente y las denomina “decisiones políticas corrientes”. En ellas no existe el debate y el pueblo no se ha movilizizado. Le compete a la Corte Constitucional nivelar por medio del control de constitucionalidad que las decisiones tomadas, en ese primer momento constitucional, no se vean erosionadas por las decisiones de intereses privados. Propone este autor, que se debe realizar en lo posible un mayor análisis de la función democrática que cumplen los tribunales constitucionales, ya que éstos están en una situación ‘privilegiada’ de abrir canales de participación ciudadana a partir de los mismos textos constitucionales. La concepción dualista propone una sociedad movilizizada ante el inminente riesgo de violación de derechos. Ve por tanto, en el control de constitucionalidad una garantía de los derechos consagrados en ese momento de activismo constitucional. Para el dualismo ackermaniano, la Corte Constitucional avanza en la génesis de la democracia cuando preserva decisiones populares, adoptadas en momentos constitucionales contra la erosión de decisiones políticas que no han ganado la máxima legitimidad democrática. Al fomentarse la participación política, los derechos adquieren mayor protección desde lo que el autor denomina ‘activismo judicial’.

Ahora bien, lo que se puede criticar de la propuesta de Ackerman, es que no sólo en los momentos de ‘activismo político’ –primera opción de su propuesta dualista– deben los ciudadanos participar en la esfera pública; es más, los asuntos políticos no pueden dejarse para determinados momentos de ‘excitación’ política. Antes bien, estos espacios se han de

fortalecer diariamente, para que la participación de la sociedad civil no se vea signada a momentos excepcionales. El momento de participación no debe estar sólo remitido al acto constitucional del momento primigenio como parece sugerir el autor norteamericano, sino que la participación ciudadana en cuestiones políticas y constitucionales relevantes, ha de darse en todo momento. Los derechos garantizados por la Constitución y legitimados por medio del “paradigma discursivo de derecho” posibilitan por medio de la defensa que realiza el Tribunal Constitucional –ayudado éste por los procedimientos democráticos–, ‘disciplinar’ los sistemas económicos, administrativos y también al legislador, sobre todo cuando se dispongan leyes injustas que atenten contra los derechos de los sujetos. De allí la insistencia de colocar como indisponibles, derechos que no pueden ser tocados por cualquier poder de forma arbitraria.

De lo anterior se deduce que la función de los tribunales constitucionales, además de despejar los canales para una auténtica participación política, es velar porque la deliberación pública –donde se forma la opinión pública y de donde se justifican los derechos fundamentales–, permanezca libre de interferencias que obstruyan esa interacción. La discriminación de los grupos o los individuos se propicia desde el mismo momento en que no están claros los procedimientos democráticos. El mismo Habermas sustenta esta idea cuando dice: “El tribunal Constitucional habrá de proteger precisamente ese sistema de derechos que posibilita la autonomía privada y pública de los ciudadanos (...)”. Y continúa: “El tribunal constitucional ha de cuidar de que los <canales> por los que discurre ese proceso inclusivo de formación de la opinión y de la voluntad, mediante el que se organiza a sí misma la comunidad jurídica

democrática, permanezcan inmunes”<sup>252</sup>. Esto es, velar por que los procedimientos democráticos hayan contado con todos los mecanismos procedimentales apropiados. De esta manera, Habermas hace una lectura de los derechos fundamentales sustentado en el principio discursivo, donde la perspectiva dialógica y la racionalidad reflexiva de éste, permita a los individuos desde el ejercicio de su autonomía, entenderse como coautores del derecho.

Las demandas de derechos que se hagan por parte de los ciudadanos, bien sea ante la Corte Constitucional o ante el legislador, deben estar basadas, afirma Habermas, en el lenguaje de derecho positivo proveniente de la esfera de opinión pública y de la esfera de la vida privada, es decir, de las comunicaciones provenientes del mundo de la vida. Sin este ‘transformador’ el lenguaje ordinario no podría circular a lo largo y ancho de toda la sociedad<sup>253</sup>. Los códigos especiales por los que se guía la opinión pública, serían todos aquellos movimientos provenientes de la sociedad civil, que es una ‘instancia especializada’ en proponer temas y en ejercer –crear– opinión pública. De esta forma los canales de comunicación, provenientes de la deliberación pública, pueden guiarse, orientarse por las ‘esclusas’<sup>254</sup> hasta las decisiones administrativas, legislativas o judiciales, como un mecanismo de legitimación más. En este orden de ideas, menciona Habermas que: “*La presión de las opiniones públicas obliga* entonces a un modo extraordinario de elaboración de los problemas que redundaría en beneficio de la regulación del poder efectuada en términos de Estado de derecho, es decir, actualiza sensibilidades para responsabilidades políticas

---

<sup>252</sup> Habermas, *Facticidad y Validez ...*, op.cit., pág. 337.

<sup>253</sup> Ibíd., pág. 434.

<sup>254</sup> Este es un concepto que Habermas retoma de B. Peters, se abordará con mayor detalle en el capítulo IV.

reguladas por el derecho constitucional”<sup>255</sup>. Se puede entender, de esta forma, como la opinión pública influye constructivamente en la elaboración de los principios y normas jurídicas. Los principios constitucionales deben funcionar en la práctica legislativa y jurídica como opciones y mecanismos relevantes racionalmente fundamentados, que en caso de ser cambiados por el legislador o por cualquier órgano del estado, han de ser justificados ampliamente y dar razones de por qué son mejores. Repensar la opinión pública desde esta perspectiva, proporciona al derecho de un contenido racional que hace que los sujetos de derechos jurídicos obedezcan a éste, tanto por su validez como por su eficacia e imparcialidad. Para concluir este apartado y continuar con los discursos de fundamentación y aplicación de normas, ha de decirse que la necesidad de vincular al legislador a la garantía y al reconocimiento de los derechos fundamentales, proviene del principio democrático, que como ya se explicó, es otra forma más del principio discursivo institucionalizado, que se puede entender como el derecho a la igual participación en política e iguales oportunidades para la deliberación pública.

## **2. Discurso de fundamentación y aplicación de normas como mecanismo de protección de derechos: K. Günther, R. Dworkin y R. Alexy.**

### **A) *El discurso de aplicación en el planteamiento de K. Günther.***

Para Habermas, el interpretar los derechos como valores por parte del Tribunal Alemán, lleva a que éstos pierdan su validez jurídica universal y a que el legislador adquiera un papel discrecional. Si no se quiere perder

---

<sup>255</sup> Habermas, *Facticidad y Validez ...*, op.cit., pág. 438. La cursiva es nuestra.

el sentido deontológico de la interpretación de los derechos y la coherencia normativa del sistema, se les debe interpretar mediante la teoría de *adecuación normativa*<sup>256</sup>, que Habermas retoma de G. Günther. En Günther y en Habermas, los discursos de aplicación que tocan derechos fundamentales pueden entrar en colisión una vez resueltos los problemas de fundamentación; entonces, se sigue que es aquí donde se debe dar la descripción más completa posible de todos los rasgos relevantes del contexto que se trate<sup>257</sup>. En los discursos de aplicación, la responsabilidad de ponderar de forma imparcial las normas concernientes a derechos fundamentales por parte del juez, como sujeto que debe dar razones públicas, conduce a ofrecer argumentos justificatorios para poder tenerse como garantía, poder ser aceptadas como imparciales por todos los implicados, por provenir de reglas fundamentadas discursivamente, amparadas en los principios y normas constitucionales.

Günther plantea que la decisión de corrección de una decisión normativa, si bien debe superar el criterio de validez –fundamentación– universal, ha de encontrar también, en el caso particular, las normas *prima facie* que mejor se “adecuen” a las circunstancias concretas. Partiendo de una clara racionalización argumentativa, se ha de distinguir entre los discursos de fundamentación –que pretenden validez universal– y los discursos de aplicación –que pretenden la adecuación imparcial de una norma a un caso determinado–<sup>258</sup>. En su artículo “Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica”,<sup>259</sup> plantea lo

---

<sup>256</sup> Günther, K. *The sense of appropriateness, Application Discourses in Morality and Law*, University of New York Press, Albany, 1993.

<sup>257</sup> Juan Carlos Velasco A, *La teoría discursiva del derecho*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, BOE, Madrid, 2000, pág. 116.

<sup>258</sup> Günther, K. *The sense of appropriateness, Application Discourses in Morality and Law...*, op. cit., pág. 255.

<sup>259</sup> K, Günther, “Un concepto de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica”, texto traducido por Juan Carlos Velasco A, en *Doxa* Nro. 17, 1995.

siguiente: “En el discurso de aplicación, las normas válidas tienen tan sólo el status de razones *prima facie* para la justificación de enunciados normativos particulares tipo ‘debes hacer p’. Los participantes saben que razones son las definitivas tan sólo después que hayan aducido todas las razones, *prima facie*, relevantes con base en una descripción completa de la situación. Ésta permite determinar cuáles intereses resultan afectados o favorecidos con la decisión. Un enunciado normativo puede pretender ser correcto si se apoya en una norma válida y en su adecuada aplicación”<sup>260</sup>. Günther, por tanto, propone que las normas en el momento de aplicación estén sujetas a una decisión racional deliberada, que no conduzcan a equívocos y que sean aceptadas en condiciones generalizables por los afectados de ella. De allí que afirme que el discurso de aplicación es la forma reflexiva de esta aplicación *prima facie*. En un discurso práctico de aplicación no juega tanto qué es lo que debe ser aceptado por todos los afectados, cuanto lo que concierne a cada uno de los sujetos implicados; por ello surge la apremiante necesidad de institucionalizar tanto los discursos de fundamentación como los de aplicación, desde un legítimo procedimiento democrático.

Para K. Günther, “la corrección de las normas” se origina en una fuerza justificadora, basada en principios de interpretación ‘coherente’ fundamentados en el sistema jurídico. Los argumentos basados en la coherencia son esenciales sobre todo para la aplicación imparcial de normas. Delante de una situación de acción, las normas válidas sólo son

---

<sup>260</sup> *Ibíd.*,pág. 283 y ss. Al respecto, en palabras de M. Atienza “la obligación que se establece de ‘motivar’ –justificar– las decisiones, no sólo contribuye a hacerlas aceptables –y esto resulta especialmente relevante en sociedades pluralistas que no consideran como fuente de legitimidad o de consenso casos tales como la tradición o la autoridad–, sino también a que el Derecho pueda cumplir su función de guía de la conducta humana.” Atienza, Manuel. *Las Razones del Derecho. Teorías de la Argumentación Jurídica*. Centro de Estudios Constitucionales, 1991. p. 25.

aplicables *prima facie*.<sup>261</sup> Es posible pensar que lo que Günther quiere decir con esta afirmación es que ante una circunstancia de colisión entre normas jurídicas, compete al operador jurídico realizar una descripción general de la eventualidad que presenta la colisión entre reglas y/o principios y establecer, como derivación, la garantía de los derechos. Se tiende a que la justificación de la decisión tomada contenga una carga argumentativa lo suficientemente amplia, eficaz y válida como para que pueda contar con el asentimiento de los posibles implicados en la pretensión de corrección de la norma.

García Amado les critica a Habermas y a Günther el que ignoren las antinomias que existen en el sistema jurídico al proponer la tesis de la única respuesta correcta y que consideren la aplicación de una norma como aquella que mejor justicia hace al caso. Al respecto, indica: “Cuando a un mismo caso le son *prima facie* aplicables dos normas que llevan a consecuencias jurídicas contradictorias, el juez estaría ante un caso más de la necesidad de seleccionar la norma aplicable, y las peculiaridades del caso le llevarían a elegir la que mejor se adecue a él(...) “esta doctrina nos conduce a cierta insatisfacción por lo inconcreta”<sup>262</sup>. Cabe que le respondiera Günther que, en cada situación, hay varias normas válidas aplicables *prima facie*, pero sólo una norma adecuada, lo cual podría entenderse que no estaría optando por dos normas también aplicables, sino tomando la única, que en verdad se le aplica racionalmente y, con ello, deshaciendo la aparente antinomia. Si el

---

<sup>261</sup>Ibíd.,pág. 277. Günther entiende como “coherentes” aquellos principios que sirven para justificar racionalmente en los discursos de aplicación, la validez de una norma. La coherencia en Habermas y Günther ha de entenderse como adecuación y consonancia con el ordenamiento jurídico construido discursivamente; es una condición necesaria pero no suficiente para la interpretación judicial.

<sup>262</sup> García Amado, “ La teoría de la argumentación jurídica: logros y carencias” ..., *op.cit.*, pág. 12.



legislador no puede prever todas las situaciones específicas del caso, le compete al juez adecuarse a las dificultades que las normas presentan ante cada situación; es aquí donde la antinomia existe, no en el momento de fundamentación, pues el legislador no puede fundar, conscientemente, normas contradictorias entre sí.

Desde el anterior enfoque, los participantes en un discurso de aplicación se respetan mutuamente como personas que comparten unos con otros principios y normas válidas. Una norma es válida si sus consecuencias y efectos paralelos que produce a los intereses de cada individuo como resultado del cumplimiento general de una norma bajo circunstancias inmutables pueden ser aceptadas por todos<sup>263</sup>. Confirma, con esto, que lo que se procura con un sistema coherente ideal es que exista una única respuesta correcta, pues la razón práctica no puede contradecirse. Lo que no dice Günther es cómo llegar a una única solución correcta en ese sistema ideal coherente. Una posible respuesta sería que cuando analizamos todas las circunstancias del caso, estamos resolviendo las antinomias propias de éste y optamos por la norma válida que más se adecue a la defensa de un derecho; éste es el leit motiv que facilita “una única respuesta adecuada”. Por tanto, concluye que dos normas independientemente aplicadas –a la misma situación– pueden alcanzar resultados incompatibles entre ellas, es decir, lograr dos juicios normativos contradictorios<sup>264</sup>. Por consiguiente, en caso de colisión entre dos normas válidas, la ‘solución’ será la adecuación de una de ellas a la

---

<sup>263</sup> Ibíd., pág. 292. Cuando Günther afirma que en los casos de adecuación no se necesita de la validez de las normas por venir de antemano justificadas, da la impresión de que el juez no necesita cuestionar la validez de las normas y por tanto sólo necesita interpretarlas en el momento de la aplicación. No veo conveniente hacer esta escisión, pues esto llevaría a que una se supedita a la otra. “Para la fundamentación sólo es relevante la norma misma, con independencia de su aplicación en una situación particular”, Ibíd, *The sense of appropriateness, Application Discourses in Morality and Law*, pág. 55.

<sup>264</sup> Ibíd., pág. 207.

completa situación descrita bajo la consideración de todas las circunstancias posibles, deliberando y justificando que norma es la relevante para el caso; sólo hasta entonces se puede hablar de una “única respuesta correcta”.

## B) El planteamiento de R. Dworkin.

En la búsqueda de un sistema coherente, en el que exista una única respuesta correcta, se encuentra Dworkin, quien critica las teorías utilitaristas y positivistas que no toman en serio los derechos individuales, la primera por colocar la máxima de utilidad y el bienestar por encima de todo, sacrificando si es necesario derechos individuales y, la segunda, por centrar la protección de los derechos en la discrecionalidad de los jueces. En su texto *El imperio de la Justicia*, retoma R. Dworkin sus planteamientos sobre la única respuesta correcta<sup>265</sup>; en él expone su tesis de la siguiente manera: “Según el derecho como integridad, las propuestas de la ley son verdaderas si figuran o surgen como

---

<sup>265</sup> ¿Existen varias respuestas igualmente correctas para un mismo caso? De ser afirmativo, deberíamos argüir que, entonces, debería existir un conjunto de sistemas de justificación de igual modo correcto, lo que llevaría a desestabilizar la coherencia del sistema jurídico y, por ende, las decisiones que afectan los derechos fundamentales. En caso contrario, nos encontramos ante la tesis de la *única respuesta correcta*, en la cual se inscribe Habermas, apoyado para ello en Dworkin y Günther. Lo anterior en oposición al planteamiento de R. Alexy, quien, *contrario sensu*, sostiene que existen múltiples respuestas para un mismo caso. Como lo anota K. Günther “El juez que resolviera de modo divergente y sin justificación adecuada casos idénticos estaría obrando arbitrariamente, irracionalmente, mostrando que sus razones no se pretendían universalizables”. En éste mismo contexto, para A. Aarnio la teoría de la única respuesta correcta tiene tres significados con variada fuerza:

1. Si decimos que existe una única respuesta correcta y que ésta será encontrada siempre, la doctrina es tomada en su *sentido fuerte*.
2. Si se da la concepción de que siempre existe una respuesta correcta, a pesar de que en la práctica no siempre se tenga éxito, estamos hablando en *sentido débil*.
3. Si admitimos la existencia de una respuesta correcta y, al mismo tiempo, negamos, en principio la posibilidad de encontrarla, estamos hablando de su sentido débil. A. Aarnio, *Lo racional como razonable*, CEC, 1991, p’g. 216. En esta última clasificación, se ubica Habermas, para quien la tesis de la única respuesta correcta funciona como un ideal regulativo de aplicación de normas.

consecuencias de principios de justicia, equidad y debido proceso que proporcionan la mejor interpretación constructiva de la práctica legal de la comunidad”<sup>266</sup>. De esta manera, Dworkin entiende el derecho como integridad desde dos puntos de vista 1) como la búsqueda de la coherencia<sup>267</sup> para el sistema jurídico, y 2) como la protección de los derechos<sup>268</sup>, lo que le lleva a plantear que la aplicación de las normas deben ser justificadas mediante argumentos racionales por parte del juez. Esta exigencia se la asigna Dworkin a su figura del Juez Hércules, quien debe justificar sus decisiones desde los principios abstractos consignados en el proceso constitucional y aplicarlos coherentemente a las diferentes situaciones que se le presenten.

Como ya se mencionó, Dworkin toma, como punto de partida, su crítica al modelo positivista, por presentar éste una separación entre Derecho y moral<sup>269</sup>. Contrapone al sistema de reglas, postulado por el positivismo, un modelo que tenga presentes los principios, ya que el sistema jurídico está compuesto, además de reglas, por principios. Estos deben permitir que también exista una única respuesta correcta en los casos en que las reglas no la determinan. La única respuesta correcta, o verdadera, sería

---

<sup>266</sup> Dworkin, R. *El Imperio de la Justicia*, Barcelona, Gedisa, 1998. Pág. 164. La propuesta de Dworkin sobre la única decisión correcta, ha recibido varias críticas, entre ellas la de A. Aarnio, el cual afirma: “Dworkin propone algo que, en la práctica, quizás no se alcanza nunca. La <mejor teoría posible> es un ideal postulado que nos autoriza a decir que cierta decisión es la correcta en la medida con el ideal, es un postulado filosófico injustificable” *Ibíd.*, *Lo Racional como razonable*, pág. 217.

<sup>267</sup> Alexy le critica a Habermas su propuesta sobre la coherencia jurídica. Dice Alexy que Habermas indica “un modelo en el que la coherencia es el único y además el más alto y decisivo criterio para la rectitud de una interpretación, lo que acaba en la idea de un holismo jurídico”. Alexy, R. *Teoría del discurso y derechos humanos*, Universidad Externado de Colombia, 1994, pág. 45.

<sup>268</sup> Dworkin entiende los derechos como triunfos políticos en manos de los individuos y han de merecer una igual consideración y respeto, lo que viene así a configurar los denominados derechos fundamentales.

<sup>269</sup> Para superar la dicotomía entre derecho y moral, muestra la necesidad de establecer nexos entre los mismos, pero manteniendo la autonomía de sus respectivas esferas. El puente que permite hacerlo es el juez y su instrumento, la interpretación.

aquella que mejor pueda justificarse a través de una teoría sustantiva que contenga aquellos principios y que permita ponderarlos ante una situación concreta, a la vez que se correspondan con la constitución, las reglas de derecho y los precedentes<sup>270</sup>. Introduce por tanto, por oposición al positivismo su teoría sobre los principios, que le llevan a basarse en una concepción interpretativa del Derecho. –en ésta, la interpretación ha de ser llevada a cabo por el famoso Juez Hércules a quien Dworkin le adjudica capacidades sobrehumanas en cuanto a la responsabilidad para la toma de las decisiones judiciales–.

Dicha concepción se ha de abordar de dos maneras; debe adecuarse al material legal existente en primer lugar, expresando con ello la ‘voluntad’ de lo que el pueblo quiso decir al momento de crear sus normas. Como segundo, la interpretación debe apelar a principios y valores como expresión de un razonamiento moral y político.

Así, Dworkin opone, ante la tesis de la discrecionalidad propia del positivismo, su tesis de que las decisiones judiciales han de basarse en argumentos de principio. "Un argumento de principio puede servir de justificación a una decisión determinada, sólo si puede demostrar que el principio es coherente con las decisiones del pasado y con las decisiones que está dispuesto a tomarse en el futuro"<sup>271</sup>. Esto lo lleva a proponer su teoría de la interpretación<sup>272</sup>, como procedimiento de justificación coherente que le permite al juez, amparado en la deliberación judicial,

---

<sup>270</sup> Dworkin, R. *Los Derechos en serio*, Ariel, cuarta reimpresión, 1999. Cap. 13 y réplica a sus críticos en este mismo texto.

<sup>271</sup> *Ibid.*, pág. 155.

<sup>272</sup> Linfante Vidal, Isabel. *La interpretación jurídica en la teoría del Derecho contemporáneo*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999. Para Isabel Linfante, la *interpretación* se predica de cualquier entidad capaz de ser portadora de sentido, de lo que se refiere a entidades lingüísticas, ha de ser entendida como una "actividad dianoética". Ver de igual forma, R. Dworkin, *El imperio de la Justicia*, Gedisa, 1988. Pág. 28. También, Riccardo Guastini *Distinguiendo, Estudios de teoría y metateoría del derecho*, Gedisa, 1999

mayor responsabilidad en sus decisiones, de la mejor manera posible –racionalidad del discurso normativo en sentido habermasiano, equilibrio reflexivo en sentido rawlsiano–, ya que de no hacerlo se afectarían notablemente derechos fundamentales, pues para Dworkin la teoría del derecho tiene, como función, la interpretación de las prácticas sociales.

Todo orden jurídico que se guíe en su interpretación por principios, ha de ir más allá del simple análisis del texto y estar dispuesto a argumentar a favor de preservar los derechos fundamentales. De allí que las reglas y los principios sean esenciales para intentar llegar a “soluciones correctas” racionalmente motivadas. Por tanto, Dworkin propone que, ante casos difíciles, los jueces han de acudir irremediabilmente a los principios.

En este sentido Dworkin plantea la necesidad, en primer lugar, el intentar integrar las decisiones judiciales desde el derecho válido, con las decisiones tomadas por los sistemas políticos, en segundo lugar. Para ello, se basa en la teoría de los derechos individuales, los cuales tienen un sentido deontológico<sup>273</sup> que permite una justificación sustentada en los principios, con el fin de pretender buscar decisiones correctas. Para este autor, los principios poseen un reconocible contenido deontológico que los sustrae a la contingencia, esto es, a la posibilidad de ser establecidos o derogados a voluntad. Tales principios suministran argumentos para reconstruir normativamente y mediante justificaciones el derecho vigente. Una teoría del derecho interpretada desde esta perspectiva, debe pretender encontrar principios y normas válidas con las cuales un orden jurídico concreto pueda quedar reconocido en sus

---

<sup>273</sup> Para Dworkin los derechos fundamentales son entendidos como principios jurídicos deontológicos y para Alexy, bienes jurídicos optimizables. A Habermas le interesa de la propuesta dworkiniana, las condiciones de verdad y corrección que ofrecen las reglas del lenguaje jurídico.

elementos esenciales; de tal manera que todas las decisiones judiciales sean razonables y coherentes, y ésto sólo lo puede hacer un juez que tiene a Hércules como modelo<sup>274</sup>. Para Dworkin las decisiones judiciales deben estar justificadas por argumentos de principio y por argumentos de oportunidad. Afirma: “En los casos difíciles, los principios desempeñan un papel esencial en los argumentos que fundamentan juicios referentes a determinados derechos y obligaciones jurídicas”<sup>275</sup>. Con esto pretende Dworkin unir las decisiones judiciales desde el derecho válido con las decisiones tomadas por los sistemas políticos.

Si bien un proceso constitucional concluye con la adopción de un catálogo de derechos fundamentales, éstos tienen que ser interpretados y concretizados, lo que lleva a Dworkin a manifestar que a las normas es necesario interpretarlas antes que se las pueda aplicar a casos concretos<sup>276</sup> por parte del juez, quien debe seguir las directrices del legislador. El legislador obra desde argumentos políticos y si los tribunales son delegados por parte del legislador, entonces deben tener competencia para basar sus decisiones desde argumentos de principio, esto es, que la justificación de una decisión política respeta o asegura el derecho del grupo o los individuos. Un juez que se encuentre al margen de los vaivenes políticos tendrá una mejor oportunidad para percibir de una manera diferente los hechos que se quieren juzgar racional e

---

<sup>274</sup> Dworkin, R. *El imperio de la justicia ...*, op.cit., pág. 267-268.

<sup>275</sup> Dworkin, *Los derechos en serio ...*, op.cit., pág. 80. Para Carlos Bernal, un caso difícil se presenta cuando la norma legislativa regula un caso que se encuentra tipificado por el supuesto de hecho de una norma iusfundamental directamente estatuida, pero que a su vez existen algunos principios constitucionales que juegan en contra de la declaración de inconstitucionalidad de la ley. En otros términos, a primera vista parece que la constitucionalidad de la ley que interviene en el ámbito de un derecho fundamental está avalada por otro principio constitucional. Bernal Pulido Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2003.

<sup>276</sup> Ibíd., pág. 147.

imparcialmente. Ante una “única decisión correcta”, el juez ha de justificar, por qué ha optado por esa decisión, basado, claro está, fundamentalmente en proteger los derechos fundamentales de los individuos y grupos antes que cualquier otra opción. Esto podría llevar a que, cuando los jueces deciden, han de hacerlo pensando que sus juicios, al ser interpretados por la comunidad jurídica y por los implicados en el caso, los están asumiendo de forma deliberativa pues, ante una ‘pésima’ y poco justificada decisión, los afectados podrían demandar ante una instancia superior la revisión o revocación de la decisión.

De esta forma, la *respuesta correcta* surge de la adecuada búsqueda para solucionar ese determinado caso específico al que se aplica la interpretación. En consecuencia, Dworkin sostiene que las personas pueden ganar o perder más por el asentimiento de un juez que por cualquier acto general del Congreso Parlamentario. La actividad judicial tiende a proteger y garantizar derechos concretos de los individuos y grupos, lo que lleva a cuestionarse sobre el riesgo que corren los ciudadanos ante una decisión injusta, manifiesta en la aplicación de una determinada norma, lo que podría causar grandes daños morales y jurídicos a quien se le impongan.

Para ir concluyendo este acápite, es oportuno comparar la propuesta de la “única solución correcta “ y la integralidad –que desemboca en una teoría de la argumentación, que es, creo, lo que atrae a Habermas– del derecho que postula R. Dworkin con el “paradigma discursivo del derecho” de Habermas. Para este último, la tesis de la única respuesta correcta<sup>277</sup> recupera la seguridad jurídica en otro rango de cuestiones, no

---

<sup>277</sup> Habermas acude a la “tesis de la única respuesta correcta”, como un mecanismo explicativo de las razones que llevan a la búsqueda racional del consenso. Sin embargo, no

ya en el sentido fuerte del término, sino en la clarificación discursiva de los hechos y las preguntas relevantes del caso. Sin embargo es importante recalcar que, cuando Habermas acepta el sentido débil de la tesis de la única respuesta correcta, se está distanciando de la propuesta de Dworkin –quien sí sigue un sentido fuerte sobre la tesis de la única respuesta correcta–, inclinándose por consiguiente por una teoría procedimental que guíe las decisiones judiciales a la vez que tenga presente la fundamentación de las normas y su aplicación. Expresa así que: “La crítica a la teoría solipsista del derecho de Dworkin, ha de situarse en el mismo nivel que ella, y fundamentar, en forma de una teoría de la argumentación jurídica, los principios de procedimiento a los que en adelante habría de transferir la carga de las exigencias ideales que hasta ahora se hacían a Hércules”<sup>278</sup>.

Por consiguiente y como complemento a la propuesta de Dworkin, Habermas da mayor preferencia a la democracia deliberativa y al legislador como representante de ésta. El caso de Dworkin va a ser diferente, en cuanto confía más en la prevalencia que los jueces tienen al proteger derechos fundamentales, pues para él, éstos no deben quedar al vaivén de las decisiones parlamentarias. Habermas, en su crítica a la propuesta de Dworkin, sugiere que cuando el juez Hércules busca alcanzar la integridad del sistema jurídico, y al intentar reconstruir racionalmente el derecho vigente, lo hace desde una interpretación monológica –y frente a la cual propone una interpretación discursiva– que busca encontrar para cada caso la interpretación correcta de los derechos fundamentales. Al respecto menciona que “de este núcleo procedimental

---

puede desconocerse el acercamiento hacia una posición estricta del consenso. Creo que Habermas debe rebajar y replantear lo ideal de ésta tesis. Con el fin de no perdernos el tráfago de ideas, no se analiza la tesis de la única respuesta correcta desde los postulados de la teoría moral.

<sup>278</sup> Habermas, *Facticidad y validez...*, op.cit., pág. 297.



del principio de integridad jurídicamente asegurada se percata el mismo Dworkin cuando ve fundado el igual derecho a libertades subjetivas de acción en el derecho a iguales libertades comunicativas. (...) El juez individual ha de entender básicamente su interpretación constructiva como una empresa común, que viene sostenida por la comunicación pública de todos los ciudadanos”<sup>279</sup>. Se apoya, pues, Habermas, nuevamente, para darle salida a este problema –a el solipsismo del juez Hércules– en su teoría del discurso, haciendo depender la aceptabilidad de las sentencias judiciales no sólo de la calidad de los argumentos sino también de la estructura del proceso de argumentación. Se aleja, pues, de la propuesta de Dworkin en la interpretación que le da éste a la idea de la “corrección” judicial, ya que para Habermas la decisión judicial ha de entenderse bajo las condiciones comunicativas imparciales que ofrece la teoría de la argumentación y no como pretende el Juez Hércules al asumir funciones propias del legislador.

### **C) La pretensión de corrección en la obra de R. Alexy.**

Para comprender la manera como R. Alexy aborda la tesis de la única respuesta correcta, conviene analizar como considera este autor la “tesis del caso especial”<sup>280</sup>, según la cual la argumentación jurídica constituye un caso especial del razonamiento práctico general. Para Alexy, éste ha de fundamentarse desde un procedimiento discursivo similar al propuesto por Habermas y Apel. De esta forma, argumenta que todo acto de habla encierra una pretensión de corrección, que debe estar fundamentado en un nivel pragmático universal del lenguaje. –La pretensión de corrección, si bien inquires el consenso, también demanda que los sujetos sigan las

<sup>279</sup> Habermas, *Facticidad y Validez ...*, op.cit., pág. 295.

<sup>280</sup> Alexy, R., *Teoría de la Argumentación Jurídica*, trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.

reglas que han decidido aceptar en común—. De esta manera argumenta el autor que las decisiones judiciales buscan una pretensión de corrección, basadas en la interactividad y el diálogo. “Las decisiones judiciales no sólo pretenden ser correctas en el esquema del orden jurídico válidamente establecido, sino también pretenden ser correctas en cuanto decisión jurídica”<sup>281</sup>, expone.

Alexy plantea en su obra *Teoría de la argumentación jurídica*, la tesis del caso especial, la cual es desarrollada por medio de la argumentación iusfundamental<sup>282</sup>, allí indica que de lo que se trata, entre otras, es de lo

---

<sup>281</sup> Ibíd.,pág. 178 y ss.

<sup>282</sup> Las bases principales de la argumentación iusfundamental son: primero deben estar sujetas al *texto* de las disposiciones iusfundamentales (la Constitución) y a la *voluntad* del constituyente y el Tribunal deberá dar razones a favor de soluciones contrarias al texto, así como presentar razones justificantes para apartarse de la génesis constitucional. Los *precedentes judiciales* son el segundo elemento básico de la argumentación iusfundamental. Como tales, contribuyen a la seguridad de ésta. Además, la fuerza jurídica de las decisiones jurisprudenciales de los máximos tribunales constitucionales pueden enmarcarse en dos reglas que enuncia Alexy de la siguiente manera: 1) si puede aducirse un precedente a favor o en contra de una decisión, hay que aducirlo y, 2) quien quiera apartarse de un precedente, corre con la carga de la argumentación. Los precedentes como reglas de decisión “se manifiesta no sólo en los casos en los cuales el Tribunal aplica reiteradamente una regla ya formulada sino también justamente en los casos en los que la extiende a casos con nuevas características, como así también en los casos en los cuales, debido a la existencia de una nueva característica, no lleva a cabo esta extensión”. Alexy, *teoría de la argumentación jurídica ...*, *op.cit.*, pág. 538. Los magistrados de la Corte Constitucional colombiana Eduardo Cifuentes Muñoz, Alejandro Martínez Caballero y Vladimiro Naranjo Mesa, en aclaración de voto en la Sentencia de Constitucionalidad C-194/95, consideraron que “si bien en Colombia no existe una rígida regla de stare decisis, tal y como opera en los países de Common Law, debemos aceptar, que en principio, todo tribunal, y en especial la Corte Constitucional, tiene la obligación de ser consistente con sus precedentes. Ello deriva no sólo de elementales consideraciones de seguridad jurídica –pues las decisiones de los jueces deben ser razonablemente previsibles– sino también del respeto al principio de igualdad, puesto que no es justo que casos iguales sean resueltos de manera distinta por un mismo juez. En el caso de la Corte Constitucional colombiana, este principio de respeto al precedente opera con mayor vigor, por la particular fuerza normativa de las decisiones de este tribunal en materia de control abstracto, puesto que ellas obligan a todos los poderes, pues sus fallos hacen tránsito a cosa juzgada constitucional. Además, como las normas constitucionales tienen mayor trascendencia –por ser la base de todo el ordenamiento– y vocación de permanencia, la exigencia de seguridad jurídica en las interpretaciones constitucionales es aún mayor”... Igualmente consideran que “para justificar un cambio jurisprudencial (overruling) no basta que el tribunal considere que la interpretación actual es un poco mejor que la anterior, puesto que el precedente, por el solo hecho de serlo,

que está ordenado, prohibido y permitido, es decir, relativa a cuestiones prácticas. Pero, cabe argumentar que estas condiciones pueden alejarnos de la única respuesta correcta, pues se ha visto que la sujeción a dichas prácticas no conduce en todos los casos a un único resultado, ya que se requiere ser completada con reglas y valoraciones por parte de quien ejerce la competencia en términos de racionalidad argumentativa jurídicamente. Frente a tales dudas, Alexy afirma que no existe ningún motivo para este tipo de actitud de todo o nada ya que “la discusión ética actual, influida metodológicamente por la lógica moderna, la filosofía del lenguaje, la teoría de la argumentación, de la decisión y del conocimiento, y por lo que respecta a su contenido, orientada fuertemente por las ideas de Kant, ha mostrado que no son posibles teorías morales materiales que den una única respuesta, con certeza intersubjetivamente concluyente a cada cuestión moral pero, que sí son posibles teorías morales procedimentales que formulan reglas o condiciones de la argumentación o de la decisión práctica racional”<sup>283</sup>. En términos generales, la tesis de

Alexy consiste en afirmar que si se observan en el debate judicial las reglas racionales discursivas<sup>284</sup> que él enuncia, la decisión puede

---

goza ya de un plus, pues ha orientado el sistema jurídico de determinada manera. Los operadores jurídicos confían en que el tribunal responderá de la misma manera y fundamentan sus conductas en tal previsión. Por ello, para que un cambio jurisprudencial no sea arbitrario es necesario que el tribunal aporte razones que sean de un peso y una fuerza tales que, en el caso concreto, ellas primen no sólo sobre los criterios que sirvieron de base a la decisión en el pasado sino, además, sobre las consideraciones de seguridad jurídica e igualdad que fundamentan el principio esencial del respeto del precedente en un Estado de derecho”. *Gaceta Constitucional*, Colombia, 1995.

<sup>283</sup> Alexy, R, *Teoría de la argumentación jurídica...*, *op.cit.*, pág. 530.

<sup>284</sup> El principio de universalidad en Alexy se expresa de la siguiente manera: “todo lo que es como esto debe ser tratado igual” o “la misma razón rige en todos los casos similares”. Este es un postulado retomado por Alexy de R. M. Hare. Ver. Alexy, R, *Teoría de la argumentación jurídica ...*, *op.cit.*, pág. 79. En cuanto a las reglas, Alexy propone las siguientes: la exigencia de no contradicción, el principio de universalidad, la claridad lingüística

pretenderse correcta. Ésta permite excluir aquellas decisiones de los jueces que se han tornado irracionales en su decisión. La racionalidad sería así, un requisito de la corrección de los enunciados normativos singulares –las sentencias, por ejemplo–, dado que, en general, la corrección se obtiene después de haberse discutido racionalmente las razones que justifican las proposiciones que presentan los sujetos que intervienen en el discurso práctico.

Por consiguiente en Alexy, la teoría de la única solución correcta se supedita al ámbito de la posibilidad jurídica, esto es, depende de los procesos judiciales. Esta tesis tiene, por tanto, la función de servir de ideal regulativo para las deliberaciones en el ‘discurso ideal de habla’, que él denomina una “versión débil de la tesis de la única respuesta correcta”<sup>285</sup>. Le compete al juez acercarse a ese ideal cuando necesita realizar la ‘mejor’ interpretación posible, por lo cual debe acudir a los principios<sup>286</sup> que, como se ha planteado, tienen como función acentuar la

---

conceptual, la verdad empírica, la consideración de las consecuencias, y el análisis de la formación de las convicciones morales. Otras como: “quien pueda hablar puede tomar parte en el discurso”, “todo hablante debe, cuando se le pide, fundamentar lo que afirma”, “quien pretende tratar a una persona de manera distinta a otra está obligado a fundamentarlo”, o “quien afirma una proposición normativa debe aceptar las consecuencias en el evento que le fuera aplicable”. *Ibíd.*, pág. 293. De manera muy similar expresa S. Benhabib la participación en la deliberación: 1. Está gobernada por las normas de igualdad y simetría; todos tienen las mismas posibilidades de iniciar discursos, de hacer preguntas, de responder y de abrir los debates; 2) todos tienen derecho a cuestionar los tópicos de la conversación; y 3) todos tienen derecho a iniciar argumentos reflexivos sobre las reglas del discurso, su procedimiento y el modo como éstos se aplican o se llevan adelante. Benhabib, S, “Toward a deliberative model of democratic legitimacy”..., *op.cit.*, pág. 70.

<sup>285</sup> Alexy, “*Sistema Jurídico, principios jurídicos y razón práctica*”, trad. de Manuel Atienza, en *Revista Doxa*, Nro. 5, 1988, pág. 140. Para Alexy, el seguimiento de las reglas discursivas no garantiza sin embargo, la obtención del consenso dadas las diferencias antropológicas y valorativas entre los hombres, por lo que no se puede obtener una única respuesta correcta, aunque los participantes en el discurso deben plantear la pretensión de que su respuesta es la única correcta”. Alexy, “*Derechos fundamentales y Estado constitucional democrático*”, en M. Carbonell, (Edi.) *Neoconstitucionalismo*, Trotta, 2003, pág. 51.

<sup>286</sup> Para Alexy, los *Principios* son normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas. *Son mandatos de optimización* que se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diversos grados y porque la medida ordenada de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades fácticas, sino también de

imparcialidad en las decisiones por parte de los ordenamientos jurídicos. De allí que, como lo plantea Alexy, estos funcionan como mandatos de optimización, lo que conduce a su teoría de la corrección y a la vinculación del juez a los casos difíciles por medio de la ponderación –que es lo que interesa en este trabajo, por cuanto le acerca a la teoría de Günther y Habermas–.

La pretensión de corrección, propuesta por Alexy, se fundamenta en un concepto teórico discursivo de razón práctica de corte habermasiano, que adquiere relevancia al aplicar el derecho –reglas de argumentación en este caso– al caso concreto y que se explica, por referencia, a que ante un caso dudoso se lleve a cabo una ponderación y, por lo tanto, se tomen en cuenta los principios cuando ello sea posible. Para Alexy, por lo tanto, la pretensión de corrección “es razonable sus decisiones pueden y requieren ser justificadas y criticadas en un discurso iusfundamental racional”<sup>287</sup>. Así, a la corrección de una interpretación judicial –en palabras de Alexy– corresponden las reglas específicas del discurso que garantizan el derecho de cada cual a participar en tales discursos en igualdad de condiciones, esto es, ofrecer razones justificadas a un determinado problema práctico. Toda interpretación y aplicación del derecho trata de vincular a sus decisiones pretensiones de corrección, esto es, la construcción de argumentos –entre el juez y las partes afectadas– que protejan y garanticen los derechos fundamentales según principios y normas discutidos públicamente en el proceso de fundamentación.

---

las posibilidades jurídicas. Las *Reglas* son normas que exigen un cumplimiento pleno, sólo pueden ser cumplidas o incumplidas. Si una regla es válida, entonces es obligatorio hacer precisamente lo que ordena, ni más ni menos. Las reglas, por tanto, contienen determinaciones en el campo de lo posible fáctica y jurídicamente. Alexy, R, *Teoría de la Argumentación Jurídica ...*, op.cit., pág. 36.

<sup>287</sup> Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica ...*, op.cit., pág. 554.

Alexy analiza la pretensión de corrección, según la cual la moral y la teoría del derecho se muestran como vinculadas, en un modelo procedimental de cuatro gradas.

En la primera grada está situado el procedimiento del discurso práctico general en el cual “su sistema de reglas formula algo así como un código general de la razón práctica, pero no lleva en cada caso a un solo resultado”. Es aquí donde se hace necesario una nueva grada, pues la solución de los conflictos sociales exige la determinación de un único resultado. En esta segunda grada está el procedimiento legislativo –procedimiento institucionalizado de creación del derecho en el que no sólo se argumenta sino que también se decide– del Estado constitucional y democrático de derecho, definido por un sistema de reglas “que garantiza una medida considerable de racionalidad práctica”. Pero, como los procedimientos legislativos no incorporan, por sí mismos, una única solución para cada caso, se hace necesario un tercer procedimiento. En esta tercera grada se encuentra el procedimiento del discurso jurídico, el cual está sujeto, como se afirmó más arriba, a la ley, a los precedentes judiciales y a la dogmática, con el fin de reducir la inseguridad del resultado. Más como esta inseguridad no se elimina del todo, se requiere un cuarto procedimiento institucionalizado en sentido estricto, o sea, el procedimiento judicial en el que no sólo se argumenta sino que se decide –como en el procedimiento legislativo– y tal decisión debe ser lo más racional, aun sabiendo que no hay una única decisión correcta.

Coincide, así, Alexy con Habermas en cuanto que la decisión judicial debe ser la más razonable posible. Pero difieren en cuanto que para el primero las reglas y principios del discurso no permiten encontrar siempre un resultado correcto. Habermas sostendrá lo contrario cuando expresa

que “el momento de no-disponibilidad o no instrumentalizabilidad, que se confirma en el sentido deontológico de la validez de los derechos, remite a la dimensión de una obtención de decisiones, racional, regida por principios, siendo una de esas decisiones la “decisión correcta”<sup>288</sup>.

Cabe indicar que Habermas se aleja de Alexy por la manera como éste interpreta los principios, esto es, como “mandatos de optimización” que deben ser cumplidos en la mayor medida posible, reduciéndolos, por tanto, a la ponderación de “bienes”, dándoles así una interpretación teleológica y no deontológica<sup>289</sup>, y por tanto, orientada a fines y con la posibilidad de que el intérprete –se refiere al Tribunal Constitucional alemán– lleva a cabo esta ponderación sólo atendiendo a valores

---

<sup>288</sup> Habermas, *Facticidad y validez ...*, op. cit., pág. 279.

<sup>289</sup> Habermas explica que en la aplicación concreta de las normas, lo problemático estaría en asimilar los principios a valores, pues mientras los primeros tienen un componente deontológico –quiere decir en este contexto que los derechos no se pueden disponer a voluntad de las mayorías o minorías según sea el caso, así como que las pretensiones de validez contienen una codificación binaria que se manifiestan como “justo”, “injusto”–, los segundos se guían por un sentido teleológico –fijan relaciones de preferencia que indican que unos determinados bienes son más atractivos que otros–. Esto le lleva a plantear que las decisiones judiciales no se deben justificar por medio de valores, antes han de pretender obligatoriedad general justificándose a la luz de los principios, pues poseen una fuerza justificadora mayor que los valores. Estos, por el contrario, expresan preferencias de ciertos bienes deseables, los cuales pueden realizarse, mediante acciones tendientes a ese fin. *Ibíd.*, pág. 332. El carácter vinculante de los principios es absoluto y, en el caso de los valores, es relativo; con las normas puede decidirse qué es obligatorio hacer, pero con los valores solo puede decidirse cuál es el comportamiento mejor y más recomendable. Habermas argumenta que “la transformación conceptual de los derechos fundamentales en valores fundamentales, significa un ‘enmascaramiento teleológico’ de los derechos que no contribuye, por cierto, a percatarse de la circunstancia de que, en los contextos de fundamentación, las normas y los valores desempeñan papeles distintos en lo tocante a la lógica de la argumentación”.

Por tanto, al planteamiento deontológico –justificación racional de los argumentos, basados en el concepto “deber ser” de la validez de los derechos– Habermas remite las decisiones racionales de aplicación y de fundamentación de normas, decisiones que han de estar regidas por principios y normas. Aceptando la diferenciación entre reglas y principios que propone Dworkin, Habermas afirma que las reglas –que son normas concretas– y los principios –pautas orientadoras del sistema jurídico en general que deben ser tenidas en cuenta por el legislador– no tienen una estructura teleológica. Sólo un derecho positivo, justificado con base a principios, permite decisiones correctas y, por cierto como veremos, una sola para cada caso. De esta manera, las normas y principios, vistos y analizados en sentido deontológico, pretenden una obligatoriedad general desde el plano de lo que es bueno para todos por igual.

materiales dados. Habermas reprocha a Alexy, en segundo lugar, el que apruebe que “toda colisión de principios puede ser presentada como una colisión de valores y toda colisión de valores como una colisión de principios”<sup>290</sup>. Alexy, por su parte le ha respondido a Habermas que asigna una carga demasiado alta al sentido deontológico de los derechos –creyendo que la idea de optimización destruye la estructura deóntica de los derechos fundamentales–, lo que le lleva a una excesiva y rigurosa diferenciación entre normas y valores, apostándole con esto al todo o nada en su postulado normativo, dando pie a malentendidos sobre la no aceptación del principio de ponderación cuando se interpretan derechos fundamentales<sup>291</sup>.

Cabe indicar, no obstante, que Habermas rechaza la ponderación sobre valores<sup>292</sup> mas no la de los principios<sup>293</sup>, tal como ha reiterado varias veces diciendo que el principio de aplicación debe adecuarse *prima facie* a todos los casos y circunstancias posibles. Las normas y los principios, en virtud de sus carácter deontológico, pretenden ser universalmente obligatorios para “todos” y no sólo para “algunos” –de allí su insistencia

---

<sup>290</sup> Alexy, *El concepto y validez del derecho ...*, op. cit., Pág. 164.

<sup>291</sup> Ver al respecto las afirmaciones de Alexy en su entrevista a M. Atienza, “Entrevista a R. Alexy”, en Revista *Doxa* Nro. 22, 2001, pág. 671.

<sup>292</sup> Como menciona Habermas refiriéndose a los valores: “esta *ponderación orientada a fines*” lleva a que, “si las circunstancias lo exigen, los derechos individuales puedan ser sacrificados en razón de fines colectivos”. Habermas, *Facticidad y validez...*, op.cit., pág. 327.

<sup>293</sup> En cuanto a los principios dice: “Si en caso de colisión **todas** las razones pueden adoptar el carácter de argumentos que establecen fines, se derrumba aquella barrera cortafuegos que está asociada con un entendimiento deontológico de las normas y de los principios jurídicos en el discurso jurídico. Ibíd, pág. 332. Con esto pretende Habermas que los derechos fundamentales se sustraigan al “coste-beneficio” a que pueden llevar los valores cuando compiten entre sí. Con esta explicación intenta justificar que su teoría de los derechos fundamentales no se puede fundamentar en concepciones teleológicas. Antes por el contrario, ésta viene fundada en pretensiones deontológicas, esto es, contiene pretensiones de validez universal, que propenden a desarrollar y aplicar derechos válidos y coherentes, con la constitución y canalizarlos hacia una única decisión correcta. La aceptación universal de las pretensiones de validez por parte de todos los afectados por las normas, es lo que el autor ha denominado como: “búsqueda de la imparcialidad en los juicios de decisión”, lo cual hace que la validez de las normas, democráticamente establecidas, tenga mayor legitimidad.



en la tesis de la única respuesta correcta, que debe ser más bien entendida como razones válidas a seguir—, y que, por lo tanto poseen una fuerza justificatoria mayor que los valores. Esto hace que Habermas se incline más por el legislador que por el juez constitucional como órgano legitimado para la protección de los derechos, propuesta que lo lleva a alejarse de Alexy. En este sentido afirma: "el discurso jurídico no puede moverse autárquicamente en un universo herméticamente cerrado del derecho vigente, sino que ha de mantenerse abierto a argumentos de otras procedencia, en particular a las razones pragmáticas, éticas y morales hechas valer en el proceso de producción de normas y, por ende, agavilladas en la propia pretensión de legitimidad de las normas jurídicas<sup>294</sup>".

Con relación a los tribunales constitucionales ha dicho Habermas que: "para un tribunal Constitucional, que en cualquier caso decide con plena independencia, el hecho de que se amplíe la base de la argumentación jurídica contribuye a ampliar también la óptica de los expertos; para ciudadanos, que logran ejercer cierta influencia sobre el tribunal al hacer públicas sus opiniones de un modo más o menos provocativo, ello supone, cuando menos, que se incrementa la legitimidad del procedimiento heurístico de encontrar una decisión<sup>295</sup>". El autor alemán se inclina pues, a que las decisiones de las altas cortes retomen los principios provenientes de la participación democrática, cuidando de que la toma de decisiones del Tribunal Constitucional no entre en competencia con el legislador, de allí la importancia de la diferenciación entre normas de fundamentación y aplicación analizadas antes.

---

<sup>294</sup> Ibid., pág. 302.

<sup>295</sup> Habermas, J, *Tiempo de Transiciones...*, op. cit., pág. 146.

A continuación se pretende abordar la discusión que Habermas sostiene con los autores anteriormente mencionados sobre la “única respuesta correcta” y sobre el principio de adecuación, con el fin de analizar en que los complementa o en que se aleja de éstos.

### **3. Habermas y su planteamiento sobre el principio de aplicación: mecanismo de protección de derechos.**

Como ya se indicó, este acápite tiene por fin indagar la concepción que sobre el principio de aplicación y de fundamentación sostiene Habermas y la forma como se relacionan dichos principios con los derechos fundamentales. En este sentido, Habermas ha esquematizado una propuesta coherente sobre los derechos fundamentales, derivando éstos de la génesis lógica de los derechos –sin desconocer la parte histórica del origen de los derechos humanos–. En su propuesta, éstos tienden necesariamente a asegurar tanto la autonomía privada como pública de los miembros que forman parte de la comunidad jurídica<sup>296</sup>. Se analizará ahora la forma como adquieren su especificación –eficacia– al caso concreto después de haber pasado por el filtro de discusión pública y haberse institucionalizado correctamente por medio del procedimiento democrático de fundamentación de las normas –producción–.

---

<sup>296</sup> Durango, Gerardo “Los derechos fundamentales en la perspectiva habermasiana”, en *Revista Círculo de Humanidades*, Nro. 21-22. Universidad Autónoma Latinoamericana, Medellín-Colombia, 2002.

En este sentido, las normas, en su aplicación al caso concreto, retomadas de forma imparcial por los jueces en general, han necesitado ser garantizadas en los procedimientos discursivos y ratificadas tanto por el legislativo como por el sistema judicial. Esto es, se inquiera por una aplicación correcta de las normas que han devenido válidas desde el sistema jurídico<sup>297</sup>. La aplicación de la norma al caso concreto lleva a que Habermas centre su atención en el Tribunal Constitucional, por cuanto éste tiene una función esencial en la protección y garantía de los derechos fundamentales. Pero también lo son, como se ha visto, el legislador, la administración y todos los subsistemas encargados de la generación del derecho. Por consiguiente, con el fin de preservar la coherencia del sistema jurídico, Habermas opta por darle prelación al sistema judicial, cuando aplican las normas que han de pretender ser justas –la validez está dada en el momento de justificación–, y coherentes con el sistema jurídico legítimo que ha venido regulado por el procedimiento democrático y por el paradigma discursivo del derecho. Como lo manifiesta el autor, “en todo caso la jurisprudencia constitucional que parte del caso particular, se restringe a la aplicación de normas (constitucionales) que se presuponen válidas; por eso, la distinción entre discursos de fundamentación de normas y discursos de aplicación de normas, sigue ofreciendo un criterio de deslinde (articulado en términos de lógica de la argumentación) de las tareas que legítimamente pueden cumplir la justicia y el poder legislativo”<sup>298</sup>. Con este argumento vuela a notarse la tensión interna al derecho entre facticidad y validez, que ya se ha analizado y que se manifiesta en:

a. La búsqueda de la coherencia del sistema y de la seguridad jurídica.

---

<sup>297</sup> Habermas, *Facticidad y Validez ...*, *op.cit.*, pág. 306 y ss.

<sup>298</sup> *Ibid.*, pág. 334.

b. La pretensión de estar promulgando decisiones judiciales correctas lo más razonablemente posible. Veamos esto con más detalle:

Habermas, en su reconstrucción interna del derecho, le critica al positivismo la forma de entender el derecho como un sistema cerrado de reglas que, en caso de colisión, opta por un decisionismo “todo-o-nada”, dejado a la discreción del juez<sup>299</sup>. En efecto, Habermas entiende que no es cierto, como el positivismo supone, que el derecho moderno, tras emanciparse de los fundamentos sacros y metafísicos, se vuelva absolutamente contingente o, como supone el realismo, quede a disposición de los objetivos de la dominación política, sino que más bien el sentido deontológico de los derechos, permite la obtención de decisiones racionales, regidas por principios. La legitimidad, sustentada sólo en una validez formal como la que propone el positivismo<sup>300</sup>, puede convertirse en un mecanismo ideológico del poder que domina independientemente las voluntades ciudadanas; de esta manera, el derecho pasaría a formar parte de ‘decisiones ciegas’, indiferente a la realidad social y cercenaría sus fuentes de legitimación. Por el contrario, cuando la legitimidad asume, dentro de su estructura, las demandas que

---

<sup>299</sup> Esta concepción unidimensional del derecho como un sistema de reglas exento de principios lleva a la conclusión de que las colisiones de reglas traen consigo indeterminación de la situación jurídica que sólo es posible eliminar en términos decisionistas, pero si se admite una justificación superior –dada por los principios- y se reconoce a los principios como ingredientes normales del discurso jurídico, desaparece tanto el carácter cerrado del sistema jurídico como la irresolubilidad de los conflictos entre reglas”. *Ibíd.*, pág. 279.

<sup>300</sup> Sobre el positivismo ha dicho Habermas que éste eleva a categoría excluyente la legitimidad normativa por corrección procedimental, sin percatarse de que este modo de legitimación no basta por sí solo, sino que no hace más que remitir a la necesidad de justificación de ese carácter legitimante que tienen los órganos del Estado. Tan pronto como en la práctica cotidiana queda en cuestión la validez de éstas normas, ya no basta con apelar a su legalidad. Habermas, J, *Teoría de la acción comunicativa*, t. II..., op. cit, pág. 517. La integración social que presenta el derecho por esta vía se erige demasiado restringida. Cuestiona acá, la falta de justificación del derecho moderno y la sola inclinación por su función regulativa. El derecho positivo debe complementarse con los procedimientos comunicativos y con los derechos fundamentales.

proviene del mundo de la vida –*lebenswelt*–, la confianza en el derecho y en las decisiones procedimentales tomadas, recuperan su validez social.

En la perspectiva dejada atrás sobre las decisiones correctas dice Habermas: “Sólo cuando resulta que una norma válida es también la única norma adecuada en el caso pendiente de decisión, funda esa norma un juicio singular que puede pretender ser correcto. Que una norma valga *prima facie* sólo significa que ha sido fundada o justificada con imparcialidad; pero sólo una aplicación imparcial puede conducir a la decisión válida para cada caso”<sup>301</sup>. Todo lo anterior puede llevar a una primera conclusión: ante un caso difícil debe el juez justificar, de la manera más racional posible, el porqué optó por determinada decisión; es aquí donde tiene cabida el carácter cognitivo de la decisión racional. Éste opera desde pretensiones de validez normativas de tales resoluciones discursivas, según las cuáles se llega a la conclusión de que “p” es una norma con pretensiones de ser justa –correcta en este caso– cuando se da el caso de que si p(a) entonces “n”, –donde p es el procedimiento democrático de producción de normas, (a) es el caso específico con el que se encuentra el juez y “n” es la aplicación de esa decisión, como la más válida posible–.

---

<sup>301</sup> Habermas, *Facticidad y Validez ...*, op.cit., pág. 288.

El acceso epistémico a "a" desde todas las posibles interpretaciones por parte del juez, está regido por una pretensión de validez: la de adecuar la mejor respuesta correcta para ese determinado caso<sup>302</sup>. La "única solución correcta" le sirve al juez para basar su decisión sobre una base discursiva al pretender que "n" cuente con un criterio de validez cognitivo. Esto es, basado en argumentos a favor de las afirmaciones, argumentos que se rigen por la pretensión de adecuación al caso de las normas válidas.

Cuando Habermas se refiere a los discursos de aplicación del derecho, lo hace desde la perspectiva de mantener la coherencia entre el sistema jurídico, de un lado, y la imparcialidad de las decisiones provenientes de los jueces, del otro; de allí que las normas *prima facie* deban considerarse imparciales en el momento de su aplicación. Esto hace que Habermas se decida por la tesis dworkiniana de la "única solución correcta", la cual prescribe que, ante la situación concreta, el juez se ha de decantar por una sola norma "correcta" que venga al caso, con base en una interpretación constructiva como lo había propuesto Dworkin. Procura, con esto Habermas, que el juez no fundamente normas, sino que garantice, con base en los procedimientos de aplicación, que las normas serán ponderadas cuando se contradicen con otras normas que puedan servir para el mismo caso. Cuando ello se da, el juez aplicará sólo una de ellas para el caso concreto. De esta manera, a la vez que garantiza la seguridad jurídica, también posibilita la imparcialidad en la aplicación de las normas. Como indicó T. McCarthy –refiriéndose a las pretensiones de verdad–, la evidencia y argumentos han de ser tales que cualquier juez racional, competente, llegaría a la misma conclusión; si alguien está en

---

<sup>302</sup> Agradezco al profesor Thiebaut, su aclaración sobre lo que él denomina "el acceso epistémico" a las decisiones racionales por parte del juez para interpretar que "X" decisión es justa o injusta.

desacuerdo, podríamos hacer –con tal que se dejara guiar por la fuerza del mejor argumento– que llegara a estar de acuerdo con nosotros<sup>303</sup>.

Habermas afirma que la decisión que el juez realiza ha de adoptarse de modo discursivo, ya que “los afectados pueden contar con que en el procedimiento no resulten decisorias para el fallo del juez cualesquiera razones, sino sólo razones relevantes”<sup>304</sup>. Visto de este modo, la defensa de los derechos fundamentales se realiza tanto cuando los sujetos se reconocen y crean derecho en el procedimiento democrático, como cuando los jueces aplican derecho proveniente de la misma legitimidad democrática original. Esto es, cuando interpretan los principios y cuando les garantizan a las personas una decisión justa.

En este sentido y como ya se ha indicado, los argumentos sobre principios tienden a que las deliberaciones acerca de normas de fundamentación y aplicación incorporen todos los casos complejos que se presentan a la hora de interpretar y aplicar normas. Este análisis es lamentablemente distinto de lo que normalmente acontece en sistemas jurídicos y políticos con poca capacidad deliberativa. En estos los principios se interpretan de forma no constructiva-argumentativa, dándose como resultado, cuando se presentan casos difíciles de aplicar, una interpretación casuística e insuficiente, carente de ‘ponderación’ y con poco análisis de todas las situaciones posibles. No se les dá, por consiguiente, la relevancia necesaria a los principios y valores constitucionales que les podría servir como referentes para intentar, en lo posible, comprender todas las circunstancias fácticas, el contenido de las

---

<sup>303</sup> McCarthy, T, *La Teoría Crítica de Jürgen Habermas ...*, op. cit., pág. 356.

<sup>304</sup> Habermas, J, *Facticidad y Validez ...*, op. cit., pág. 291.

normas y su relación con los afectados por éstas. La falencia en tal sistema de considerar justificadamente y deliberativamente todas las decisiones por parte de quienes aplican derecho, lleva a Habermas a interesarse por la interpretación constitucional. “De ahí que el tribunal constitucional haya de someter a examen los contenidos de las normas controvertidas en conexión, sobre todo, con los presupuestos comunicativos y las condiciones procedimentales del proceso democrático de producción de normas. Tal comprensión procedimental de la constitución da al problema de la legitimidad de la jurisdicción constitucional un giro en términos de la teoría de la democracia”<sup>305</sup>.

Con este giro Habermas hace depender la aceptación de las decisiones judiciales, tanto de la argumentación de las normas en el momento de justificación, como de la aplicación a los casos específicos, pues no hay nada más injusto que una decisión judicial impuesta sin los argumentos racionales completos, formulada desde un planteamiento incoherente y donde los sujetos imputados no han participado con todas las garantías procesales definidas por la ley. Las proposiciones normativas, basadas en una teoría discursiva como la habermasiana, lleva a distinguir las proposiciones normativas como justificaciones válidas y correctas de aquellas que no lo son. Como lo expone Habermas, “la teoría discursiva del derecho hace depender la aceptabilidad racional de las sentencias judiciales no sólo de la calidad de los argumentos, sino también de la estructura de los procesos de la argumentación”<sup>306</sup>. En un discurso racional de aplicación, las condiciones de respeto por los derechos humanos y por la participación de todos los posibles afectados en igualdad de condiciones son imprescindibles.

---

<sup>305</sup> *Ibíd.*, pág. 337.

<sup>306</sup> *Ibíd.*, pág. 307.



Por ello ha de procurarse que las razones que se den, en las decisiones finales, sean racionalmente relevantes. Así, el juez es quien satura las normas jurídicas y las traduce desde lo que el legislador quiso decir –normas abstractas– al caso concreto, según lo que considere aplicable para cada circunstancia. Se pretende que las razones que se esgrimen en los fallos judiciales sean racionalmente válidas y coherentes con los principios consagrados constitucionalmente en forma democrática. Estas razones, que pretenden validez, lo llevan a proponer la siguiente formulación: “El papel que desempeña el principio de universalización de los discursos de fundamentación es asumido en los discursos de aplicación por el principio de adecuación. Unicamente los dos principios juntos agotan la idea de imparcialidad”<sup>307</sup>. La aplicación de las normas jurídicas, requiere como condición sine qua non el asentimiento de todos los interesados en condiciones discursivas, esto es, deben ser susceptibles de poder fundamentarse racionalmente y la fundamentación necesita de la adecuación al caso concreto, para poder cumplirse el primer postulado. El principio de adecuación no puede ser un simple enunciado binario de falso/verdadero, sino un complejo juicio gradual que retome su validez, de los principios y valores que lo han determinado racional y justificadamente mediante acuerdos discursivos.

En este sentido se puede ver como Habermas acepta la tesis de la “única respuesta correcta”<sup>308</sup>: cuando se presenta como idea regulativa para las

---

<sup>307</sup> Habermas, J. *Aclaraciones a la Ética del Discurso*, Trotta, 2000, pág. 147.

<sup>308</sup> Dice Habermas que si bien, en la búsqueda del asentimiento de todos bajo condiciones de un discurso racional se intenta llegar a “única respuesta correcta”, ello no garantiza que se llegue a resultados correctos. El carácter discursivo del proceso de deliberación lo que hace es sentar las bases de la expectativa de que el proceso pueda siempre corregirse así mismo, y, a su vez, sustenta la presunción de que se llegará a resultados racionalmente aceptables. *Tiempo de transiciones....*, Op. cit., pág. 150

decisiones de los jueces, no en el sentido fuerte del Juez Hércules, a quien siempre se le supone encontrando la solución correcta para el caso. “El ‘juez Hércules dispone de dos ingredientes de un saber ideal: conoce todos los principios válidos y todos los fines y objetivos que son menester para una justificación; al mismo tiempo una perfecta visión de conjunto de la densa red de elementos enlazados por hilos argumentativos, de que consta el derecho vigente con el que se encuentra”<sup>309</sup>. Habermas ve en la tesis de la única respuesta correcta la seguridad jurídica mediante la clarificación discursiva por parte del juez de los casos concretos, gracias a preguntas tales cómo: ¿Qué hace legítima y válida esta ley? ¿Esta decisión es justa o injusta? ¿Qué es lo relevante en este caso? ¿Se desvía el legislador con esta ley de los principios que protegen derechos fundamentales? Estas cuestiones orientan al juez a resolver la indeterminación del derecho a favor del argumento ‘deliberativo’ que mejor se adecue a los casos difíciles.

Cuando Habermas se refiere al contenido de los derechos fundamentales, plantea que éstos han de ser entendidos como principios y normas aplicables a cada caso en concreto y mediante la ponderación en las circunstancias concretas, tratando de preservar continuamente la coherencia que el derecho presenta en su conjunto. “Antes, como se ha mostrado, la tarea consiste en hallar entre las normas aplicables *prima facie* aquella que se acomode mejor a la situación de aplicación, descrita de la forma más exhaustiva posible desde todos los puntos de vista relevantes”<sup>310</sup>. La imparcial producción de normas se ha de manifestar de igual modo imparcial en su aplicación. Creo que esto es lo que afirma

<sup>309</sup> Habermas, J, *Facticidad y Validez ...*, *op.cit.*, pág. 282.

<sup>310</sup> *Ibid.*, pág. 333. Agradezco a Juan Carlos Velasco el haber compartido su apreciación sobre la tesis de la “única solución correcta” que presenta Habermas. Para él, una sentencia correcta (de un juez), sería aquella que podría ser suscrita por cualquier otro en circunstancias similares.

Habermas con su tesis de la única solución correcta y por cierto, “una sola para cada caso”, con el fin de asegurar tanto la unidad del sistema como los mismos derechos provenientes de la fundamentación en el procedimiento democrático.

De esta manera, para Habermas, tal procedimiento democrático debe estar articulado al Tribunal Constitucional, precisamente para proteger “ese sistema de los derechos que posibilita la autonomía privada y pública de los ciudadanos”<sup>311</sup>. En la primera, protegería los derechos subjetivos de los individuos amparada en la constitución misma y en la segunda, desde la generalización, la racionalidad y argumentabilidad en sus fallos, pues los jueces, cuando aplican derecho, han de dar razones del porqué de sus decisiones. Es, desde esta faceta, como los discursos de aplicación provenientes del procedimiento democráticos activan la autonomía ciudadana y jurídica al ser los ciudadanos destinatarios de las normas que rigen su praxis social.

Por tanto, Habermas articula su propuesta de la aplicación de justicia, mediante una comprensión procedimental del derecho que abarque todos los estamentos del sistema jurídico y válido. Éste se sustenta en la seguridad jurídica que presenta el sistema, como también por medio de los procedimientos racionales de aplicación del derecho, que han de darse desde alternativas lo más racional posibles. De este modo, mientras que el legislador, en la persecución de sus políticas, interpreta y desarrolla derechos, la justicia sólo puede movilizar las razones que le vienen previamente dadas con el “derecho y la ley”<sup>312</sup>, con el fin de llegar a decisiones coherentes en los casos particulares. Se refiere, así, a cómo las decisiones de los jueces, cuando dictan sentencia, se han de

---

<sup>311</sup> Habermas, *Facticidad y Validez ...*, op.cit., pág. 336

<sup>312</sup> *Ibíd.*, pág. 525.

supeditar a los principios y a las normas legítimas y cómo han de

pretender una rectitud normativa y a la vez cumplir las expectativas de la seguridad jurídica; las decisiones deben ser coherentes con el sistema jurídico. Para ello, y a pesar de sus críticas a Dworkin, se basa en la propuestas de éste, es decir, acude a él para explicar cuáles derechos asisten a los ciudadanos en la misma consideración y respeto cuando el juez interpreta los principios para deducir de su propio medio la “solución correcta”. Las decisiones judiciales han de ser compatibles con la coherencia del sistema y de paso quedar justificadas en los términos que la justicia lo exige, esto es, la posibilidad de identificar lo correcto o incorrecto de las normas.

Por tanto, las sentencias emitidas por los jueces –para poder cumplir la función sociointegradora que ha de ejercer el orden jurídico y satisfacer la pretensión de legitimidad del derecho– han de cumplir, a la vez, dos requisitos: primero, ser decisiones fundamentalmente consistentes y, segundo, han de poder ser racionalmente aceptables. Si es así –afirma Habermas–, “no veo inconveniente en aceptar la tesis de la única solución correcta siempre y cuando (que) ésta se dé desde una justificación lo más racionalmente posible y en aras a garantizar los derechos de las personas desde todos los enfoques posibles<sup>313</sup>”. De lo anterior se deducen dos consecuencias. En primer lugar, la “verdadera” respuesta –para ese caso– correcta, corresponde a la teoría que es capaz de justificar, de la manera más racional posible, todos los argumentos existentes. En segundo lugar, el modelo de la respuesta correcta busca evitar que el juez se constituya en legislador. Su función

---

<sup>313</sup> *Ibíd.*

es, más bien, garantizar los derechos fundamentados democráticamente, estar sujeto a la ley y al derecho y, ante los casos difíciles, resolverlos con base en principios que fundamentan derechos. “El papel que desempeña el principio de universalización en los discursos de fundamentación es asumido en los discursos de aplicación por el principio de la adecuación”<sup>314</sup>. Esto permite asentar la proposición de que las decisiones judiciales basadas en argumentos de principios, son compatibles con los principios democráticos, pues en los casos difíciles, los principios desempeñan un papel esencial en los argumentos que fundamentan juicios, referentes a determinados derechos y obligaciones jurídicas.

Pero ¿de dónde surge la importancia de fundamentar enunciados normativos que puedan “recibir la aquiescencia de todos los afectados en tanto que partícipes en un discurso práctico”? A esta cuestión, responde Habermas afirmando que “la impugnada abstracción de los contextos del mundo de la vida, de las circunstancias concretas del caso particular, es en realidad inevitable cuando se trata de responder a la pregunta de si las normas y modos de actuar sujetos a debates son moralmente correctos y merecen el reconocimiento intersubjetivo de sus destinatarios”<sup>315</sup>. Esto puede entenderse como una forma de ‘bajar’ a situaciones concretas la pretensión universalista de fundamentación, pues el autor trata de plantear la necesidad de que esa aplicación imparcial esté dada de acuerdo con principios justificados moralmente.

No en vano insiste Habermas en que la aplicación de normas exige una aclaración argumentativa específica, como, por ejemplo, que la

---

<sup>314</sup> Habermas, *Aclaraciones a la Ética del Discurso ...*, op.cit., pág. 146.

<sup>315</sup> Ibíd., pág. 71.

imparcialidad del juicio no puede estar garantizado sólo por un principio de universalización; antes bien, se necesita del contexto y, por lo tanto, del principio de adecuación para el caso específico. “El sentido de la pretensión de validez se puede distinguir desde dos puntos de vista: por un lado, atendiendo a la aquiescencia racionalmente motivada de todos los posiblemente afectados merecida por una norma válida, y por otra parte atendiendo a todas las situaciones posibles en las que la norma así susceptible de aquiescencia puede encontrar aplicación”<sup>316</sup>. Con todo esto se pretende que la justificación racional de las decisiones judiciales reduzca al máximo la inseguridad de los sujetos jurídicos cuando resultan vulnerados sus derechos fundamentales por una “pretensión de corrección” no justificada racionalmente. En este mismo contexto y a pesar de sus discrepancias, cabe pensar que Alexy sintetiza adecuadamente estos requisitos de las decisiones judiciales, que Habermas también comparte, al indicar que “Una decisión judicial que aplique correctamente una ley injusta o irrazonable no satisface en todos los aspectos la pretensión de corrección que ella despierta”. Y, continúa, “si el tribunal quiere decidir correctamente, tiene que oír todos los argumentos, lo que no es nada distinto del viejo *audiatur et altera pars*, y si la corrección de su decisión está sujeta a control, el tribunal deberá justificar su decisión ante los participantes y ante el público general y jurídico”<sup>317</sup>.

Desde esta perspectiva y desde lo que se ha mencionado, la producción jurídica de normas y principios, contruidos comunicativamente, presenta elementos valiosos para que una democracia constitucional adquiera legitimidad. Los procedimientos democráticos han de poder garantizar la

---

<sup>316</sup> *Ibíd.*, pág. 149.

<sup>317</sup> Alexy, R. “*La tesis del caso especial*”, *Revista Isegoría* Nro. 21, 1999, pág. 26 y 32.

imparcialidad de las decisiones que se han obtenido por un medio legítimo, de tal forma que al aplicar una norma, ésta no se desvíe de los postulados iniciales por la cual fue objeto de discusión y consenso y aceptada como lo que es admitido en interés de todos los afectados.

Ahora bien, con el fin de analizar el sentido emergente de una ciudadanía activa, que tiene presente y participa en la fundamentación y aplicación de normas, se intentará a continuación en los apartados A) y B), acercarse a la democracia constitucional deliberativa, entendiendo por ésta aquellos espacios emergente democráticos, abiertos a la participación y plurales. Como lo expresa Gianluigi Palombella: “Si queremos mantener activa la  *fuerza de nuestras democracias constitucionales debemos reconocer el punto en que las constituciones se ligan a las democracias y en la que ante ellas se detienen*, en la que la soberanía popular se liga a las constituciones y en el que ante ella se detiene”<sup>318</sup>. En este orden de ideas, el modelo que más se acerca a la propuesta de la “democracia constitucional deliberativa” y que allana el camino de la ciudadanía política, es la democracia deliberativa propuesta por Habermas, tema que se desarrollará con mayor detenimiento en el cuarto capítulo. Se intenta, desde esta perspectiva, repensar la relación dialógica que debe existir entre democracia y constitución, sin que una se subsuma en la otra.

---

<sup>318</sup> Palombella, Gianluigi. *Constitución y Soberanía. El Sentido de la Democracia Constitucional*. Comares, Universidad de Granada, 2000. Trad. José Calvo González, pág. 220. (La cursiva es nuestra).

**A) Relación tensional entre el legislador, el juez y la participación ciudadana en la esfera pública. Aproximación a la “Democracia Constitucional deliberativa”<sup>319</sup>.**

En el apartado anterior, siguiendo a Habermas, se concluyó que también al juez le compete trabajar por la integración de la autonomía privada como facilitador de la autodeterminación política de los ciudadanos. Esto se logra dentro de una auténtica interacción tanto de la mayor libertad posible como de la realización de sus condiciones de seres, con igual

---

<sup>319</sup> Analíticamente se pueden deducir dos cuestiones: 1) una parte deliberativa y 2) una parte constitucional. Con relación a la primera, sería aquella democracia derivada del Estado de derecho, que propicia el acceso al status de sujeto activo en ‘condiciones de igualdad’, tanto jurídica como políticamente. Posibilita la negociación y deliberación de los ciudadanos en la construcción de normas y unas garantías constitucionales en su aplicación por parte de los operadores jurídicos, tomando todos los datos relevantes para la decisión racional del caso. Limita y vincula las decisiones tomadas por los órganos del Estado a favor de los derechos fundamentales: el proyecto constitucional es un referente que debe seguir por el legislador. Se entiende, así mismo, como todas aquellas manifestaciones democráticas o jurídicas que cuentan con un gran respaldo institucional y público, que pretende hacer compatible la participación ciudadana con las instituciones democráticas y jurídicas desde el ejercicio del “patriotismo” constitucional –término frecuentemente utilizado por Habermas– y democrático; posibilita que la mayoría de los ciudadanos puedan recibir información relevante tanto pública como privada. La segunda, esto es, la parte constitucional posibilita que cuestiones de trascendental importancia para los individuos puedan ser debatidos públicamente y tengan la posibilidad real de ‘filtrar’ los espacios institucionales. Un ejemplo claro de ello son las manifestaciones públicas que llegan a algunas instituciones claves como la Corte Constitucional y que se revierten en forma de sentencias. Algunas de tales decisiones se han caracterizado por la protección judicial de derechos –en Colombia– de grupos marginados y menos favorecidos (indígenas, trabajadores informales, desplazados por la violencia) y grupos excluidos por alguna condición particular (homosexuales T-539/94, consumidores de estupefacientes T-221/94). La democracia constitucional, garantiza el disenso y el respeto a las minorías discriminadas desde los procesos de control constitucional. Su base normativa es la ampliación de la legitimidad democrática y la garantía de los derechos fundamentales. Con relación al planteamiento Habermasiano sobre la democracia constitucional, éste integra tanto la parte deliberativa como la constitucional, mediante el paradigma discursivo del derecho.

Siguiendo en este aspecto a Ferrajoli, puede decir que la democracia constitucional postula consecuentemente, “una concepción de la democracia como un sistema frágil y complejo de separaciones y de equilibrios entre poderes, de límites de forma y de sustancia a su ejercicio, de garantía de los derechos fundamentales y de técnicas de control y reparación contra su violación”. Ferrajoli, J, *El garantismo y la filosofía del derecho*, Universidad Externado de Colombia, 2000, pág. 159. La necesidad de legitimar un orden democrático y constitucional, que proteja los derechos esenciales de todos los individuos que integran el entramado social es prioritario. La idea de una democracia constitucional que tenga presente y promueva los derechos individuales, los derechos de participación ciudadana y los derechos denominados de tercera generación, logrados desde espacios públicos de deliberación es condición sine qua non de una tarea a desarrollar por la democracia constitucional deliberativa.



dignidad protegidas y garantizadas éstas dentro del marco del Estado democrático y constitucional de derecho. La relación entre el Estado, la constitución y la soberanía popular incluye en sí una ‘tensión’<sup>320</sup> inmanente y conflictiva. Tensión que se expresa en primer lugar en la posibilidad real de poder exigir, de cuestionar las acciones que ‘dañan’ derechos tanto privados como de otras personas, como segundo permitiendo un equilibrio necesario y fundamental para garantizar espacios de participación política, reducir las asimetrías sociales, hacer efectivas la libertad y la igualdad., etc. De esta manera, la “democracia constitucional deliberativa” ha de entenderse como un intento de superar las dicotomías sociales, como referente de unidad donde confluyan los diferentes enfoques pluralistas de la sociedad, lo cual permite establecer los principios y reglas que han de seguir los individuos y grupos si éstos quieren superar el conflicto agonal y las diferencias sociales.

Por ende, en la democracia constitucional deliberativa, los derechos fundamentales y la participación en la esfera pública, como condición de la “acción orientada al entendimiento”, cumplen la función de legitimar el orden institucional político, así, como de legalizarlo por medio de la validez normativa. Estos dos momentos tienen razón de ser cuando, desde procesos deliberativos de participación ciudadana, encuentran respaldo tanto de los ciudadanos como del orden institucionalizado. Dentro de estos procesos deliberativos se encuentran los Derechos fundamentales, quienes como ya se ha dicho son un límite<sup>321</sup> a los

---

<sup>320</sup> Por ésta ha de entenderse aquella acción expresada en la búsqueda constante de acuerdos. Un ejemplo de esto podría ser la presión de un grupo social que exige el cumplimiento de un derecho determinado contra un sistema que enajena a éste. En ningún caso, esta relación debe ser destructiva para una de las partes.

<sup>321</sup> Sé de la complejidad que abarca en sí mismo el término y de la multiplicidad de bibliografía que existe, pero lo retomo acá como vinculación del poder político al respeto y promoción de los derechos fundamentales.

órganos estatales en cuanto no se les pueden atribuir relatividad, sino que los “obliga” a hacer lo que es ‘lícito’ y a evitar lo que no es ‘lícito’ decidir en cuanto a su garantía. –Ferrajoli denominado a esto “garantismo”–. Para él, una concepción garantista de los derechos y las libertades dotaría a la validez jurídica –democracia constitucional– de mayor fuerza normativa, de tal manera que quedaría configurada como referente obligado de los poderes públicos, en el cumplimiento de sus funciones y en el ejercicio de sus competencias. Así, las actuaciones y las decisiones de los jueces, la administración y el legislador mismo estarían limitados y vinculados por la formalidad de los procedimientos legalmente estatuidos –principio de legalidad–, y además estarían condicionados al juicio de coherencia con los contenidos sustantivos de la constitución y el ordenamiento jurídico.

Es de anotar que Ferrajoli señala la existencia de cambios estructurales en la forma de entender el derecho y la democracia constitucional, que le sitúan en una posición diferente al modelo positivista. Su teoría se puede denominar “modelo garantista de la democracia constitucional”. Para el autor, el Estado de derecho exige el sometimiento de todos los poderes públicos, incluido el legislativo, a normas formales y sustanciales. Es decir, las que se vierten sobre los procedimientos para la formación de las leyes –lo formal–, y las categorías específicas referidas a la protección y garantía de los derechos –lo sustancial–<sup>322</sup>. Por las reglas sobre quién puede y sobre cómo se debe decidir –formas de gobierno–, y por las

---

<sup>322</sup> Ferrajoli, L. *Derecho Y Razón...*, op.cit, pág. 113. “En el modelo constitucional-garantista la validez ya no es un dogma ligado a la mera existencia formal de la ley sino una cualidad contingente de la misma ligada a la coherencia de sus significados con la Constitución, coherencia más o menos opinable y siempre remitida a la valoración del juez. De ello se sigue que la interpretación judicial de la ley es también siempre un juicio sobre la ley misma, que corresponde al juez, junto con la *responsabilidad de elegir los únicos significados válidos*, o sea, compatibles con las normas constitucionales sustanciales y con los derechos fundamentales establecidos por las mismas”. *Ibid.*, pág. 123.

reglas qué se debe y qué no se debe decidir –estructuras de gobierno–, se legitiman los procedimientos democráticos que se manifiestan en lo sustancial, en forma de soberanía popular, y en lo formal, en la validez interna del ordenamiento jurídico, como mecanismo de defensa legalizada para proteger tanto la democracia como los derechos fundamentales.

La concepción de validez de las normas que promueve el garantismo en la democracia constitucional deliberativa refleja –según Ferrajoli– en un reforzamiento del papel de la jurisdicción como protección de los derechos y en una nueva legitimación democrática del poder judicial y de su independencia de los demás poderes del Estado; así, la jurisdicción puede cumplir una función de garantía del ciudadano frente a las violaciones de cualquier nivel de la legalidad por parte de los poderes públicos.

Como asevera Stephen Holmes, “La Democracia Constitucional es el sistema político más ‘humano’ porque se enriquece con la capacidad de individuos y comunidades para reconocer sus propios errores”<sup>323</sup>. El constitucionalismo democrático deliberativo se establece como un ‘regulador’ de los diferentes intereses sociales, por su capacidad para proteger la libertad e igualdad de los individuos; este es, desde el análisis seguido, una fuerte razón para optar por el pluralismo democrático y constitucional<sup>324</sup>. La democracia constitucional ha de procurar, en todo

---

<sup>323</sup> Stephen Holmes, “*The previous commitment and the paradox of democracy*”, Jon Elster T Rune Slangstad, Ed. *Constitutionalism and Democracy*, Cambridge, 1988, pág. 262. Existe traducción en español publicado en el Fondo de Cultura Económico de México.

<sup>324</sup> En cuanto al pluralismo constitucional, puede verse: J. H. Ely, *Democracy and Distrust*, Cambridge, 1981. La teoría de Ely, trata de buscar que el Tribunal Constitucional no “discrimine” a grupos minoritarios, permitiendo la participación política de estos grupos en condiciones de igualdad.

momento, integrar en la “esfera pública”, aquellos acuerdos deliberativos relevantes que protejan los derechos fundamentales, al sistema político, democrático y jurídico; debe abrir espacios de participación política, propiciar la concreción de derechos, etc. La historia ha demostrado que un sistema político con grandes dificultades para hacer efectivas exigencias democráticas, desdibuja los derechos; por ello se hace necesario un sistema judicial fortalecido que aun contra decisiones democráticas mayoritarias proteja tanto las garantías democráticas como a los individuos. En este contexto, bien vale la pena formular el siguiente interrogante ¿Están los tribunales constitucionales en condiciones de favorecer constitucionalmente la participación política de los ciudadanos y permitir que sus derechos sean condiciones fundamentales para realizarse como personas?

Esta pregunta conduce primeramente a plantear que una de las funciones de los jueces constitucionales es fortalecer los procedimientos democráticos, así como salvaguardar los derechos contra la usurpación que puedan realizar leyes injustas, dictadas por el legislador. El juez, al responder a las demandas de los afectados por una determinada ley u otra disposición normativa que haya violado un derecho, está ampliando la participación ciudadana. Cuando una norma afecta a un individuo o grupo y los jueces, por medio de un recurso de amparo, garantizan derechos, están permitiendo que se les reconozca éstos como participantes activos del procedimiento democrático y jurídico. En segundo lugar, cuando los jueces declaran inconstitucional una ley, ‘comprometen’ al legislador a ceñirse a la constitución y, ante un proyecto posterior, ‘debatir’ con mejores argumentos. La protección de los derechos dados por medio de procedimientos deliberativos puede integrar, de forma eficaz, democracia y constitución

Al respecto, añade Víctor Ferreres que “con la introducción del recurso de amparo y la generalización de todos los jueces de la facultad de plantear la cuestión de inconstitucionalidad, es capaz –se refiere al juez constitucional– de registrar, aunque en menor grado, las voces y argumentos de determinados individuos y grupos cuyos puntos de vista pueden no haberse tenido en cuenta durante el debate parlamentario”<sup>325</sup>. Las razones aportadas por los afectados ayudan a asegurar que no recaiga la práctica constitucional de pedir y dar razones en el espacio público de la democracia y en los espacios jurídicos. De esta manera, la creación de una ley ha de estar caracterizada por el asentimiento e información proveniente de la discusión pública, así como de una cobertura lo suficientemente amplia de información y publicidad.

**B) Construcción de la norma, aplicación y relación con la “democracia constitucional deliberativa” .**

Cuando existan cuestiones circunstanciales en las que la esfera pública se sienta comprometida, como bien puede ser la construcción de principios constitucionales o el hecho de participar en una acción popular, será fundamental la relación triádica entre legislador, el juez y los intereses que llevan los ciudadanos a la deliberación pública, institucionalizados posteriormente por medio del derecho. A ello apunta, la idea de la posibilidad comunicativa como fundamento de lo que se viene denominando “democracia constitucional deliberativa”. Esta relación es fundamental para garantizar que las normas, aprobadas por el legislador, cuenten con un amplio margen de deliberación y

---

<sup>325</sup> Ferreres Comella, Víctor. *Justicia Constitucional y Democracia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, pág. 178

participación de todos los posibles afectados con la norma, y por consiguiente, se fortalece por tanto la participación política en el sistema, tanto democrático como jurídico. De esta participación pública se deriva el que las decisiones fundamentales de la Constitución se mantengan en el tiempo, se renueven de forma acorde con las circunstancias de su existencia o, por el contrario, que se vean erosionadas. La fuerza normativa de la Constitución depende de ello<sup>326</sup>. Por consiguiente, esta es una manera de poder participar en la construcción de la opinión y voluntad política que propende a legitimar las instituciones democráticas y jurídicas de un determinado Estado democrático de derecho.

Desde la perspectiva de la democracia constitucional deliberativa, a la que se ha hecho referencia, resulta fundamental que exista una auténtica igualdad política de participación y que se dé la garantía jurídica que poseen los individuos y los grupos. Estos dos elementos no sólo han de contar con un gran consentimiento por parte de los individuos y de respuesta eficaz por parte del Estado. La democracia constitucional deliberativa, desde este referente, está atenta a la cuestión del proceder de la actividad estatal, coadyuvando a que el equilibrio entre la manifestación de las normas creadas legítimamente, del proceso democrático y su aplicación al caso concreto, esté dado en forma racional y justificada. Se posibilita por consiguiente, como ya se ha dicho anteriormente, la garantía y protección de los derechos fundamentales, tanto en su dimensión formal como sustancial, el sometimiento a la constitución de todos los poderes del Estado y la construcción de la democracia conforme a procedimientos deliberativos.

---

<sup>326</sup> Böckenförde, E. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia*, trad. De Rafael de Agapito Serrano, Trotta, 2000, pág. 51.

De esta forma, democracia y constitución están necesariamente imbricadas desde el momento mismo en que se participa, como pueblo soberano, en la elaboración y construcción normativa de sus derechos y pautas de acción. La democracia es, pues, uno de los elementos legitimadores de la constitución. En este sentido, el planteamiento de Böckenförde es ilustrativo: “La ley fundamental no ha hecho más que abrir apenas la puerta a las posibilidades indirectas de manifestación del pueblo no organizado, ha hecho apenas efectiva la posibilidad jurídica de influir para la ciudadanía activa, por ejemplo, a través de la legislación popular o el referéndum constitucional, entre otras, para así vincularlo a la Constitución en una dirección legitimadora”<sup>327</sup>.

De esta forma, una vez legitimado –construido– el marco constitucional, las demandas individuales y de grupo, pueden posteriormente manifestarse en forma de ‘presión’ social, ayudar a transformar en parte la arbitrariedad del legislador en el momento de producción normativa, como también servir de límite ante la eventual vulneración de derechos por parte de éste. Esas expresiones participativas actúan como un límite ante las posibles desviaciones del legislador, del ejecutivo y de los operadores jurídicos. Las múltiples acciones de los diferentes actores sociales, ‘presionan’ las estructuras del Estado, dirigiéndolas hacia la búsqueda de objetivos más concretos y pertinentes para con lo que reclaman grupos e individuos. La democracia constitucional deliberativa ha de poder canalizar dentro de su estructura las exigencias sociales de los grupos dejados al margen por el mismo Estado o por intereses personales. Les ha de dotar de una garantía jurídica de protección de sus derechos, imponiéndose aún contra intereses personales. Como argumenta Zagrebelsky, los derechos encuentran su base en la

---

<sup>327</sup> *Ibíd.*,pág. 174.

constitución y esta es, por definición, una creación política y una de las máximas creaciones políticas<sup>328</sup>. Se puede entender que la democracia constitucional deliberativa adquiere cada día un compromiso para remover conceptos anclados y caducos, introduciendo al debate público planteamientos como discursividad, pluralismo, garantía de los derechos, juridificación democrática, y otros más.

La democracia constitucional deliberativa, además de legitimar el ejercicio del poder por medio de los procedimientos democráticos establecidos para ello, también reclama ante estos poderes que las decisiones que se tomen correspondan con los principios, reglas y valores signados en el momento constitucional, pues la creación de normas se debe adecuar a lo establecido por esa democracia. Como afirma Zagrebelsky, “en la práctica de la aplicación judicial, el carácter ‘razonable’ del derecho, se evidencian dos momentos: la categorización de los casos a la luz de los principios y la búsqueda de la regla aplicable al caso”<sup>329</sup>. Se entiende que una fuente diáfana de legitimidad en el Estado democrático de derecho –democracia constitucional– son los derechos fundamentales, los procedimientos democráticos construidos mediante criterios deliberativos –de donde surgen los principios y reglas constitucionales–, la validez y eficacia de las normas, las garantías provenientes de éste, etc.

Sobre tales supuestos se puede comprender una actuación de los órganos del Estado, en concordancia con los procedimientos democráticos, que oriente las decisiones que se deben tomar desde una argumentación racional que se haya avenido con el consenso de todos

---

<sup>328</sup> Zagrebelsky, G. *El Derecho Dúctil*, trad. De Marina Gascón A. Trotta, 1995, pág. 115.

<sup>329</sup> *Ibid.*, pág. 147.



los participantes en la deliberación pública. De allí que sea fundamental que por medio de 'la deliberación pública', se legitime la constitución y los derechos fundamentales en y desde los procedimientos democráticos. Esto posibilita, de nuevo, el acercamiento a la teoría de Habermas sobre el principio discursivo. Así por ejemplo, las reglas de la comunicación incorporan a las decisiones tomadas por los jueces, los principios logrados en la intersubjetividad en la esfera pública. Esto conduce a que las decisiones que impartan los jueces sean conformes a fundamentos democráticos, ya que al adecuar dichas normas y principios a la pluralidad de conflictos por resolver, están legitimando su actividad y fortaleciendo lo que se ha venido denominando "democracia constitucional deliberativa".

La idea central de lo expuesto apunta a imbricar los procedimientos democráticos con las garantías de los derechos constitucionales; a analizar la manera como los ciudadanos, en la esfera pública y privada pueden interpretar, en sentido no restringido, lo que la constitución quiere decir de forma activa. Esto es, con palabras de P. Haberle, "todo el que vive en y con el supuesto de hecho regulado por la norma es, indirectamente, y dado el caso también directamente, intérprete de la norma"<sup>330</sup>. La constitución ha de estar abierta así a las diversas expresiones ciudadanas que surjan en los diversos contextos plurales. Se demanda construir una cultura jurídica a partir de una cultura democrática.

Refiriéndose al tema, Habermas afirma que "cultura jurídica significa aquí las ideas, opiniones, valores y actitudes acerca del derecho, que la gente

---

<sup>330</sup> Haberle, P. *Retos actuales del estado constitucional*, Grafo, S. A, Universidad de Oñati, 1996, pág. 19.

trae consigo en sus cabezas. Y si se me pregunta qué gente, mi respuesta es: la que se quiera, cualquier grupo y a cualquier nivel de generalidad”<sup>331</sup>. Se pretende que todas las fuerzas sociales tengan la capacidad de influir en las decisiones que toman los tribunales constitucionales y los jueces en la aplicación del derecho. Éstas funcionan como una especie de cantera que introduce, dentro del sistema, aquellas decisiones que no se han tenido en cuenta otras circunstancias. “El concepto <participante en el proceso constitucional> se relativiza en la medida en que los círculos de los participantes en la interpretación constitucional se amplían. La pluralidad despliega fuerza normativa. Ante la creciente importancia de la actividad estatal planificadora y conformadora, la tutela jurídica ha de realizarse menos mediante control ex post facto de los tribunales que por procedimientos previos participativos”<sup>332</sup>. Es, desde esta ejecución, como se puede percibir la aplicación de las normas desde la misma fundamentación. Cuando el sistema jurídico se vuelve ‘sensible’ a las manifestaciones sociales, su radio de acción adquiere mayor legitimidad.

Por consiguiente, la democracia constitucional deliberativa tiene, como finalidad, responder a las exigencias que los actores sociales manifiestan en forma de “inputs”, al sistema constitucional, ejercidas por medio de las demandas de la opinión pública. Dicho en otros términos, se hace indispensable la existencia de unos mecanismos encargados de mantener abiertos los canales de participación de los ciudadanos y dar respuesta a sus inquietudes desde cimientos tanto jurídicos como

---

<sup>331</sup> Habermas J. *Facticidad y Validez ...*, op.cit., Pág. 476.

<sup>332</sup> *Ibíd.*, pág. 36.

democráticos<sup>333</sup>. Quienes interpretan o son afectados por las decisiones normativas –en este caso todos los implicados en la pretensión de corrección<sup>334</sup>– son los ‘destinatarios’ de las normas.

Para concluir este apartado, se puede decir que la democracia constitucional deliberativa está llamada a introducir modificaciones a la realidad democrática y constitucional y a proveer nuevas dinámicas para los tiempos que vivimos. Con ella cobra importancia vital un sistema democrático y jurídico que tienda a proteger la formación de la opinión pública y los derechos fundamentales de los sujetos. No se trata de que el juez constitucional construya nuevas normas, se intenta de que corrija los “desvíos” más notorios que pueda ejercer el legislador o el ejecutivo. La democracia constitucional deliberativa deviene, por tanto, un espacio interactivo socialmente, donde los jueces y la participación ciudadana ejerzan un papel preponderante en la reconfiguración del Estado. Esta última idea permite abordar seguidamente el cuarto capítulo de este trabajo: *la democracia deliberativa*, propuesta por Habermas, y a la que se ha aludido en apartes anteriores.

---

<sup>333</sup> En este sentido se expresa Peña Freire en su texto *La garantía en el Estado constitucional de derecho*, cuando afirma: “El proceso de legitimación se intensificará en la medida en que el poder judicial sirva a los fines que constitucionalmente tiene atribuidos: la garantía de los derechos e intereses de los ciudadanos y la corrección de la desviación entre los distintos planos o niveles jurídicos”, pág. 240.

<sup>334</sup> Con relación a la pretensión de corrección, se ha dicho que ésta debe ser justificada argumentativamente, lo cual conduce por ejemplo a que los derechos que resultan protegidos o violentados por una decisión judicial sean ante todo argumentados desde un punto de vista general y concreto que propende más que perjudicar, a proteger a los individuos de decisiones injustas. Al respecto Habermas retoma una sentencia del Tribunal Constitucional Alemán, resolución del 14 de febrero de 1973, así: “El derecho no se identifica con la totalidad de las leyes escritas. Frente a lo positivamente establecido por el poder del Estado puede haber a veces un *plus* en lo que toca a derecho, que tiene su fuente en el orden constitucional considerado como una totalidad de sentido y que puede actuar como correlativo frente a la ley escrita: encontrar ese *plus* y realizarlo en sus decisiones es tarea de la jurisprudencia constitucional. Habermas, J, *Facticidad y Validez ...*, *op. cit.*, pág. 317. De lo que en definitiva se trata es de ‘encontrar’ la solución correcta, elaborándola, como se dice después, en una ‘argumentación racional’.

## **CAPÍTULO IV**

### **DE LA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA A LA DEMOCRACIA DELIBERATIVA, UNA APROXIMACION A LA TEORIA DE J. HABERMAS**

*La comprensión de los derechos fundamentales propuesta  
por la teoría del discurso debe aclarar la conexión  
Interna entre derechos humanos y soberanía popular  
y resolver la paradoja del origen de la legitimidad a través de  
la legalidad.*

HABERMAS

El objetivo principal de este capítulo consiste en analizar cómo, desde el modelo de la democracia constitucional, se puede abordar un espacio

democrático en donde tenga cabida la aproximación imparcial del principio discursivo, la garantía de los derechos fundamentales, así como intentar dar respuesta a la pregunta por la fundamentación y aplicación de los derechos fundamentales en la perspectiva habermasiana –temas desarrollados en los capítulos anteriores del presente trabajo–. Para ello se recurre a la propuesta de la democracia deliberativa expuesta por Habermas, pasando por una crítica al modelo de democracia representativa (I), y desde allí, analizar la propuesta que hace dicho autor a la primera, con el fin de extraer conclusiones del porqué la una complementa a la otra y en qué aspectos. En segundo lugar (II), se procura analizar el concepto de democracia deliberativa, según los presupuestos habermasianos, completando el análisis desde la aproximación conceptual de C. S Nino, J. Elster, J. Cohen y A. Arato, entre otros. Estos temas reforzarán la propuesta de los derechos fundamentales, garantizados por medio del sistema democrático-deliberativo y jurídico. Ellos, y la democracia deliberativa, han de ser el derrotero para seguir en esta primera parte. De allí que la participación política de los ciudadanos en condiciones de simetría resulte fundamental, si se quiere complementar el estudio, la significación de los derechos fundamentales desde otro ámbito, esto es, desde la deliberación en la esfera pública. Desde esta perspectiva, la democracia deliberativa intenta fundarse en una opción más a ser tenida presente para el desarrollo, garantía y protección de los derechos fundamentales.

En este esquema se intenta justificar la propuesta de la democracia deliberativa. De allí la importancia de la integración entre: a) Sujetos con capacidad de deliberar, b) Estado democrático de derecho y c) garantía de los derechos fundamentales, como complemento que dinamiza a y b. Como afirma Ferrajoli “no sólo la democracia garantiza las luchas por los

derechos, sino que éstos, garantizan a la vez, la democracia: una, ofrece a las otras, los espacios y los instrumentos jurídicos, que son esencialmente los derechos de libertad, y las otras aseguran a los derechos y a la democracia los instrumentos sociales de tutela efectiva y alimenta su desarrollo y realización”<sup>335</sup>.

### **1. *Algunas consideraciones críticas a la democracia representativa.***

Adoptando implícitamente las consideraciones apuntadas anteriormente, se pasara ahora a analizar la relación entre la práctica democrática representativa y posteriormente el proceso democrático deliberativo de dos formas distintas. En primer lugar, se analizarán aquellos teóricos que privilegian de forma clara el aspecto representativo; más tarde se introducirán algunas críticas a este modelo para pasar a las propuestas de la democracia deliberativa, analizadas desde la perspectiva habermasiana. Se debe, no obstante, dejar claro que no se plantea la oposición entre el modelo representativo y el deliberativo; lo que se procura es el reforzamiento de este último desde una participación adicional cuando la primera se ha tornado demasiado débil<sup>336</sup>. No se está

---

<sup>335</sup> Ferrajoli, L, *Derecho y razón....*, op.cit.,pág. 947.

<sup>336</sup> Advierte Ferrajoli sobre el peligro que representa la posibilidad de convertirse la crisis del derecho en crisis de la democracia. Afirma que la crisis de la ley o mejor, la crisis de la legalidad que pervive aún en el derecho contemporáneo, pero ahora identificada como crisis del derecho, pone en el centro de discusión del constitucionalismo actual, los peligros que la misma representa para los derechos fundamentales y sus garantías, y con ello, para todo el Estado de derecho de las sociedades actuales, que han incluido en las constituciones un catálogo de derechos fundamentales como elementos ordenadores de todo el sistema.

Ferrajoli sostiene que aún en los países de Democracia más avanzada es evidente la actual crisis del derecho, crisis que se presenta como: 1. Crisis de la legalidad, manifiesta por la ausencia de controles al poder -“fenomenología de la ilegalidad del poder”-, 2. Crisis del Estado Social que se manifiesta en la imposibilidad del Estado de Derecho, de desarrollar un sistema de garantías de los derechos sociales, que pueda compararse con el sistema de garantías de los derechos clásicos de libertad y propiedad, y 3. Crisis del Estado Nacional caracterizado por el debilitamiento del constitucionalismo como consecuencia de la vigencia

demandando la exclusión de la representación, sino mayor demanda en la participación democrática de ella y en las instituciones. Adelantándonos a las conclusiones de este capítulo, se puede mencionar que ésta sería otra manera de entender que la mayoría, por el hecho de serlo, o por resultar “ganadora” en las elecciones, no puede imponer sus decisiones mayoritarias<sup>337</sup> a los demás sin contar con las opiniones de las minorías en condiciones democráticas aceptables y válidas. Bobbio se ha referido a esto de una forma muy clara, cuando afirma que no se puede confundir la democracia con la decisión que tome la mayoría. “La democracia es un conjunto de reglas, en el que la regla de la mayoría es la principal pero no la única”<sup>338</sup>.

---

de ordenamientos supraestatales que han erosionado el concepto de soberanía y han alterado el sistema de fuentes. Las principales decisiones en materia militar, de política monetaria y políticas sociales que estaban reservadas a los Estados Nacionales, son tomadas ahora por organismos de decisión comunitarios y supraestatales, que se erigen como verdaderos centros de creación de nuevas fuentes de producción jurídica, alterando sin duda el sistema de fuentes. Estas manifestaciones de la Crisis del Derecho, continúa señalando Ferrajoli, corren el riesgo de traducirse en *Crisis de la Democracia*, en la medida en que la quiebra del principio de legalidad arrasaría con el fundamento de la división de poderes y del Estado de Derecho (sujeción de los poderes públicos a la ley). Ferrajoli, L, *Derechos y Garantías: La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 2da. Edición 2001, pág. 15.

<sup>337</sup> La regla de la mayoría pretende tomar decisiones prioritarias para ciertos asuntos, propios de los Estados modernos. Éstas se han de aceptar democráticamente bajo ciertas condiciones. Una de ellas es que si bien la representación es importante para pactar compromisos, no debe impedir ni manipular los flujos de acciones comunicativas e informaciones relevantes para los participantes. La argumentación que ha sido interrumpida, debe poder ser revisada en un futuro para evitar la tiranía sobre las minorías. En el caso en que se pretenda tomar una decisión no reversible, sería necesario un consenso ilimitado de los interesados. A la par de la tutela constitucional de las minorías, la reversibilidad de las decisiones tomadas según el principio mayoritario constituye una de las condiciones *sine qua non* del Estado democrático de derecho. “La regla de la mayoría mantiene una relación interna con la búsqueda de la verdad por la vía de que la decisión tomada por la mayoría sólo representa una cesura en una discusión ininterrumpida, que no fija, por así decir, sino el resultado provisional de una permanente formación discursiva de la opinión”. Habermas, *Facticidad y validez...*, op.cit., pág. 247.

<sup>338</sup> Para Bobbio, las reglas de la democracia definen claramente que cualquier decisión mayoritaria no puede ser tomada por democrática, entiende la regla de las mayorías de una forma más compleja, exige de esta legitimidad, por muy mayoritaria que resulte, la decisión a tomar. Bobbio, *El Futuro de la Democracia*, Plaza y Janés, 1985.

Para los teóricos de la democracia representativa<sup>339</sup>, existe la idea generalizada, y erróneamente concebida, de que “las mayorías” no se encuentran suficientemente capacitadas para debatir opiniones públicas y comunes y que por ende sólo los representantes lo pueden hacer. Contrario a esta idea así concebida, la democracia deliberativa –que será analizada posteriormente– postula la toma de decisiones imparciales a partir de la deliberación basada en argumentos debatidos por todos los afectados, explayándose en múltiples direcciones hasta llegar a los órganos del Estado para posteriormente ser direccionada hacia objetivos comunes.

Ahora bien, en cuanto a las críticas más comunes a la democracia representativa se cuentan, entre otras, las que apuntan a la profesionalización de la vida política por parte de quienes la ejercen –la elitización de sus funcionarios–, el monopolio que practican los partidos políticos para con sus adeptos, la poca legislación que regule los partidos políticos, lo cual ocasiona, entre otras, la erosión y resquebrajamiento de la representatividad popular y la legitimidad democrática. Desde este enfoque, la democracia representativa lleva a los ciudadanos a una acción que no es activa sino pasiva, sobre todo en lo relativo a la toma de decisiones, gestión, gastos públicos y sistema electoral. Como lo expresa J. Hart Ely, “En teoría es la legislatura la que legisla y los administradores quienes aplican leyes. No obstante, quien quiera que haya visto en acción a los legisladores, sabrá que la situación actual se caracteriza prácticamente por lo contrario. Gran parte del tiempo del representante típico no está dedicado a considerar la legislación, sino

---

<sup>339</sup> Laporta, F, “El cansancio de la democracia”, en *Revista Claves de Razón Práctica*, Nro.99, 2000. Sartori, G, “En defensa de la representatividad política” en *Revista Claves de Razón Práctica*, Nro. 91, 1999. Schumpeter, J, *Capitalismo, socialismo y democracia*, Orbis, Barcelona, 1983.



más bien a hacer mandados (grandes y pequeños) para sus electores”<sup>340</sup>. Lo anterior ha hecho que muchos se formulen la siguiente pregunta: ¿la democracia representativa logra en la realidad interactuar correctamente entre el egoísmo de los representantes y las demandas manifiestas en las necesidades más apremiantes de los ciudadanos?

R. Gargarella es uno de los autores que busca responder al cuestionamiento anterior. Refiriéndose al tema, explica que la democracia representativa no fue pensada en sus orígenes como un ejercicio conducente a que los ciudadanos se autogobernaran, sino como un mecanismo para evitar los abusos de las facciones mayoritarias y para legalizar el gobierno. Para este autor, el “principio de la distinción” – consiste en asegurar un fuerte distanciamiento entre la ciudadanía y la política, dado el temor de que las mayorías se apropiaran del orden institucional– fue claramente defendido por Madison en su escrito más importante, *The Federalist* Nro. 10, que contiene su cuidadosa justificación del sistema representativo. En este sentido, y luego de rechazar las formas más directas de democracia, Madison propuso adoptar un sistema de gobierno basado en la representación y defendió el mismo por su capacidad para “refina(r) y amplia(r) la voz pública, pasándola por el tamiz de un cuerpo escogido por los ciudadanos”<sup>341</sup>. De esta manera, la democracia representativa desde sus orígenes fue apática a la deliberación y participación ciudadana en los asuntos que les afecta directamente y con la intención de dejar el control de los ciudadanos a unos pocos elegidos en forma democrática. No es necesario ser un experto politólogo para darse cuenta de que la relación,

<sup>340</sup> J. Hart Ely, *Democracia y desconfianza*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 1997, pág. 161.

<sup>341</sup> Gargarella, R “La comunidad igualitaria y sus enemigos. Liberalismo, republicanismo e igualitarismo”, en Andrés Hernández (ed), *Republicanismo Contemporáneo*, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2002, pág. 79.

pueblo y representantes, es cada vez más compleja. Los múltiples referentes que guían hoy la democracia representativa –grupos de presión como los medios de comunicación social, la corrupción y los intereses de los grupos económicos entre otros– ahogan, cada día, la participación política y minan los estados democráticos y, por consiguiente, la estructura social. Dichos grupos de ‘presión’ han puesto en jaque la democracia representativa, pues la negociación privada y el tráfico de influencias se impone con creces a las deliberaciones y argumentos, bases éstas de las decisiones a tomar en los parlamentos. Ello ha llevado a múltiples problemas sociales y de gobernabilidad que no es propio tratar en este trabajo .

Se trata, en su lugar, de reflexionar en lo que hoy se entiende por democracia representativa y del porqué de su crisis, para plantear la posibilidad de repensar ésta, por medio de la democracia deliberativa, entendida en términos racionales y en su capacidad argumentativa, en la influencia y proyección desde consensos, intereses y preferencias, hacia mejores espacios de integración y convivencia social, donde los núcleos de discusión no sean frenados por intereses egoístas que no permiten que los intereses comunes y políticos construyan un modelo de Estado más democrático. Se pretende analizar la crisis de la democracia representativa –sobre todo en Colombia como se verá en el capítulo quinto– y el porqué de las desventajas de una democracia, donde los individuos se convierten en agentes políticos con la sola participación por medio del voto, aislado de todo lo que sucede con sus representantes y con su representación, pasando a una participación más activa, donde existan mecanismos jurídicos, democráticos y políticos que propicien un mayor espacio para las discusiones públicas, donde los individuos se

sientan parte activa y con capacidad de decisión en los aspectos más relevantes de la comunidad.

Existen muchas críticas al modelo representativo<sup>342</sup>. Según algunos autores, como Cohen y Arato<sup>343</sup>, F. Vallespin<sup>344</sup>, R. Gargarella<sup>345</sup>, S. Nino<sup>346</sup>, F. Ovejero<sup>347</sup> y R. Dahl<sup>348</sup>, P. Singer<sup>349</sup> entre otros, la democracia representativa presenta varios problemas cuando de representar los intereses de los destinatarios se trata. Aquí retomaremos los problemas más sobresalientes planteados por los autores mencionados, con el fin de no detenernos en el análisis de cada uno de ellos, pretensión que dispersaría el propósito de este trabajo. Dentro de esos problemas se podrían enunciar las siguientes:

---

<sup>342</sup> Existe suficiente literatura sobre las diferentes formas de democracia. En el curso de éste trabajo sólo se desea analizar la democracia deliberativa, de allí que haga una referencia sucinta a la democracia representativa. En cuanto a la democracia directa, tampoco es mi interés centrarme en ella. Existen algunos intentos de definición, que nos aproximan a la democracia deliberativa. Por ejemplo: “En el presente texto, con la perífrasis “democracia directa”, se tiene en mente la iniciativa popular legislativa seguida de consulta referendaria vinculante en los casos de que el parlamento rechace o ignore un proyecto promovido por este medio, pudiendo este órgano someter al veredicto popular su contraproyecto conjuntamente con el primero”. Colombo, Ariel, *Desobediencia Civil Y Democracia Directa*, Trama editorial / Prometeo libros, 1998, pág. 116. De forma similar se refiere a la Democracia directa Presno Linera: “Es un procedimiento alternativo de participación ciudadana que proporciona una vía directa para la comunicación entre el medio social y el Estado. Además de servir al flujo de informaciones políticas entre sociedad y el entramado estatal, actúa también como mecanismo de verificación de la fiabilidad que ofrece el cauce participativo que proporcionan los partidos y la representación de los parlamentos en el ejercicio de sus funciones” Presno Linera, Miguel, *Los partidos y las distorsiones jurídicas de la democracia*, Ariel, 2000, pág. 29.

<sup>343</sup> Cohen, Jean. Y Arato Andrew. *Sociedad Civil y Teoría Política*. México, Fondo de Cultura Económica, 2001.

<sup>344</sup> Vallespín, F, *El futuro de la democracia*. Taurus, 2000.

<sup>345</sup> Gargarella, R “La comunidad igualitaria y sus enemigos. Liberalismo, republicanismo e igualitarismo”, en Andrés Hernández (ed), *Republicanism Contemporáneo*, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2002, pág. 79.

<sup>346</sup> Nino, S, *La constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, 1997.

<sup>347</sup> Ovejero, F, “Modelos de democracia y economía de la virtud” En José Rubio-Carracedo y Otros. *Retos pendientes en ética y política*, Trotta, 2002.

<sup>348</sup> Dahl, R, *Un prefacio a la teoría democrática*, Bogotá, Ediciones CEREC, 1988.

<sup>349</sup> Singer, P, *Democracia y desobediencia*, Ariel, 1985.

1. La democracia representativa presenta una profunda crisis que se manifiesta con especial interés en los órdenes políticos y democráticos, tales como: “el correlativo aumento de la exclusión social, dañando el tejido social y las fuentes de solidaridad tradicionales, convirtiendo por ende a los individuos en sujetos pasivos que no contribuyen al fortalecimiento de la democracia”<sup>350</sup>.

2. La democracia representativa controla a sus representados como si fueran productos de consumo<sup>351</sup>, le indican el camino a los ‘ciudadanos’ en las votaciones bajo engaño o bajo presiones económicas, convirtiendo el proceso electoral en un negocio. Ello ha conducido a viciar la participación ciudadana y al descrédito en las instituciones.

3. El incremento de hecho de los vínculos e intereses comunes entre representación política y centros clientelares de apoyo<sup>352</sup>. De esta forma, los grupos políticos que logran representatividad se dedican a devolver favores, al tráfico de influencias y, en muchas ocasiones, al sostenimiento de individuos vitalicios en el poder<sup>353</sup>.

5. La democracia representativa no ha logrado superar el gran problema interno y externo de la corrupción, que propicia la deslegitimación de la mayoría de sus instituciones y, por consiguiente, de sus representantes.

---

<sup>350</sup> Vallespín, F, *El Futuro de la Política*, Taurus, 2000, pág. 17.

<sup>351</sup> Walzer, M. “La idea de Sociedad Civil. Una vía de reconstrucción social”, en *La Democracia en sus Textos...*, op. cit., pág. 382.

<sup>352</sup> Ferrajoli, L, *El garantismo y la filosofía del derecho*, Universidad Externado de Colombia, 2000, pág. 73.

<sup>353</sup> Ovejero, F, “Modelos de democracia y economía de la virtud” En José Rubio-Carracedo y Otros. *Retos pendientes en ética y política*. Trotta, 2002., pág 225.

6. Poca capacidad para deliberar, que ha llevado a lo que comúnmente se llama “*el despotismo representativo*”<sup>354</sup>. La voluntad popular –por todo lo anterior y por mucho más– se aleja cada día de los espacios de discusión pública.

7. Si bien el referéndum y el plebiscito son mecanismos de participación ciudadana, muchas veces son influenciados y manejados por ‘agentes extraños’ a los participantes. Desde este punto de vista, estos mecanismos, si no se realizan con transparencia y publicidad, pueden dispersar los objetivos propuestos y acabar con el poco contacto que tiene la sociedad civil con las instituciones políticas.

8. Las asimetrías manifiestas en la práctica –renta, educación, vivienda y ocio– propiciadas muchas veces desde la democracia representativa<sup>355</sup>, hace que los principios de la libertad y de igualdad no pasen de ser más que conceptos formales y abstractos.

Si bien la democracia representativa hace aportes relevantes a la democracia deliberativa como son, entre otros, la toma de decisión mayoritaria, la representación de las mayorías –no es posible que se de la democracia deliberativa sin mecanismos de representación–, la discusión de proyectos políticos y constitucionales, etc., también es cierto que necesita incluir espacios deliberativos para los ciudadanos. Al respecto, Benjamín Barber afirma: “Los hombres y mujeres que no se hacen responsables a través de la deliberación, la decisión y la acción común de las políticas que determinan sus vidas en común en realidad no son libres en absoluto, por mucha seguridad, derechos privados y libertad

---

<sup>354</sup> Dahl, R, *Un prefacio a la teoría democrática*, Bogotá, Ediciones CEREC, 1988. Ver Manin, B, *Los principios del gobierno representativo*, Alianza, 1998, pág 238.

<sup>355</sup> Sunstein, Cass, “Sustituir unos riegos de salud por otros”, en Jon Elster, *La democracia deliberativa*, Gedisa, 2001, pág. 318.

de que disfruten”<sup>356</sup>. Una democracia que se dedique –sin negar la gran trascendencia que ello ha tenido para los derechos fundamentales– a garantizar sólo los derechos negativos<sup>357</sup>, como la no-influencia del Estado en la esfera privada, está siendo parcial con ciertos grupos que pueden, bajo múltiples influencias, dominar la esfera privada de las personas que no tienen asegurada su vida económica, cultural o educativa.

De este modo, al no garantizársele a los individuos una igualdad ‘real’ de participar en las decisiones que afectan su vida, sea porque los partidos políticos manipulen los canales de participación, bien sea porque el Estado oculte información, bien porque legislativamente no se den espacios reales de participación a grupos discriminados, etc., la igualdad formal de donde parte en gran medida la democracia representativa se pierde.

Al referirse a éste tipo de democracias restringida en la participación, Habermas ha dicho que: “la implementación de los derechos políticos fundamentales en el marco de una democracia de masas significa, por un lado, la generalización del rol del ciudadano, pero por otro, significa también la segmentación de ese rol respecto a los problemas efectivos de decisión, significa que la participación política queda vacía de contenidos participativos”<sup>358</sup>. Nino tampoco presenta una muy buena opinión de los sistemas representativos. De allí que diga que: “Es obvio

---

<sup>356</sup> Barber, B, “Democracia fuerte”, en Rafael de Aguila, Fernando Vallespín Editores. *La Democracia en sus textos*, Alianza Editorial, 1998, pág. 291.

<sup>357</sup> Los derechos negativos se complementan cuando la libertad se da para “todos” los individuos que pueden alcanzar la no-dominación de la que habla un autor de fuerte filiación republicana como es P. Pettit, quien menciona que de nada sirven los derechos negativos sin posibilidades de no sentirse excluido. Pettit, P, *Republicanism: Una teoría sobre la libertad y el gobierno*, Paidós, 1999.

<sup>358</sup> Habermas, J. *Teoría de la acción Comunicativa*, T. II, Taurus, 1990, pág. 438.

que los parlamentos y los congresos en las democracias modernas no se corresponden con esta visión de un cuerpo que reproduce la deliberación ideal que la totalidad de las sociedades llevaría a cabo en caso de ser practicable. La imagen popular de las legislaturas en la mayoría de los países de occidente, particularmente en América Latina, la asocia con lugares donde reina la politiquería y la verbosidad...”<sup>359</sup>.

La democracia representativa ha hecho de los sujetos, en palabras de Vallespín, “ciudadanos consumidores”, que no dudan en abandonar lo público si el mercado les ofrece mejores opciones<sup>360</sup>. Son estos déficits y problemas de las democracias representativas sobre los que pretende aportar la teoría de la democracia deliberativa. Lo anterior plantea, con respecto al presente trabajo, la necesidad de poner de manifiesto la búsqueda de canales comunicativos de participación ciudadana. Desde la configuración de decisiones imparciales, donde se tengan presentes todas las deliberaciones ciudadanas y se procure la no-exclusión en la participación política. Los espacios deliberativos, cuando se orientan por razones justificadas y no por intereses egoístas, propician la búsqueda de intereses comunes de modo que se genere un consenso más amplio sobre las decisiones relevantes que es necesario adoptar. En este sentido, se pronuncia Félix Ovejero quien, cuestionando las propuestas representativas, comenta: “la democracia deliberativa no busca reproducir el ágora –como creen los defensores de la democracia representativa–. Sugiere unos criterios de modificación de las instituciones políticas en la doble dirección de aumentar la presencia y el control de la ciudadanía y de alentar los procesos de deliberación y publicidad de las decisiones. Por supuesto, no se trata de que todos deliberen durante todo el

---

<sup>359</sup> Nino, *La Constitución de la democracia deliberativa ...*, op.cit., pág. 237.

<sup>360</sup> Vallespín, F, *El Futuro de La Política ...*, op.cit., pág. 201.

tiempo”<sup>361</sup>, lo que se pretende es reintroducir nuevos espacios de participación de los afectados en los escenarios políticos y no políticos, con el fin de no ver reducidos sus intereses y propuestas comunes a meras decisiones tomadas a sus espaldas.

Desde supuestos argumentativos similares, Cass R. Sunstein sostiene que el gobierno moderno carece tanto de democracia como de deliberación. A veces los resultados son insuficientemente democráticos en el sentido de que no son sensibles a los juicios del público. Afirma que suelen ser insuficientemente deliberativos, en la medida en que reflejan presiones de grupos privados, poco interés para incentivar una información adecuada, carencia de un verdadero proceso de justificación<sup>362</sup>.

Por tanto, las restricciones de los espacios de discusiones públicas por parte de la democracia representativa, hace que se opaquen las diversas opciones políticas, la soberanía popular y muchas veces, los derechos humanos. Esto se ve reflejado en el poco contacto que tiene la sociedad civil con las instituciones políticas. Michel Walzer, refiriéndose a tales condiciones, afirma: “Los ciudadanos necesitan al Estado, pero no tienen una relación moral con él, y controlan a sus representados sólo en la misma medida en que los consumidores controlan a los productores de artículos de consumo. Comprando o no comprando lo que se les ofrece”<sup>363</sup>.

---

<sup>361</sup> Ovejero, F, “Modelos de democracia y economía de la virtud” En José Rubio-Carracedo y Otros. *Retos pendientes en ética y política*, Trotta, 2002, págs. 119 120.

<sup>362</sup> Sunstein, Cass, “Sustituir unos riegos de salud por otros”, en Jon Elster, *La democracia deliberativa*, Gedisa, 2001, pág. 319.

<sup>363</sup> Walzer, M. “La idea de Sociedad Civil. Una vía de reconstrucción social”, en *La Democracia en sus Textos*, Alianza, Madrid, 1998, pág. 381.



A la crítica que Walzer realiza a la democracia representativa hay que añadirle que, a pesar de la apatía que sienten los ciudadanos hacia los partidos políticos y sus representantes, la manipulación, orquestada desde los medios de comunicación social sigue ejerciendo, aun bajo esas condiciones, una importante influencia sobre la decisión final del electorado en las urnas. –Esta crítica no es, por ejemplo, ajena en realidades como la colombiana–. La democracia deliberativa propone favorecer espacios racionales más pluralistas, apoyarse en manifestaciones con ‘fuertes’ componentes de sociedades civiles democráticas responsables con capacidad de influir por medio de sus propuestas para transformar espacios olvidados por la democracia representativa. Estos espacios que han de formar la opinión pública – sindicatos, iglesias, ong’s, universidades, etc–, son imprescindibles para propiciar desde los procedimientos democráticos, ciudadanos más activos y deliberativos.

#### **A) *Democracia deliberativa y espacio público*<sup>364</sup> en Habermas.**

---

<sup>364</sup> Nancy Fraser propone como mecanismo para mejorar el espacio público, su concepto de *contrapúblico*. Entiende por éste, aquellos espacios de deliberación en los que se permita el contraste entre una pluralidad de públicos competidores antes que por una esfera pública única y comprensiva. Los espacios públicos no son sólo escenarios para la formación de una opinión discursiva; son además escenarios para la formación y expresión de identidades sociales esto significa que la participación no es simplemente una cuestión de manifestar contenidos proposicionales que sean neutrales con respecto a la forma de expresión. Ver, Fraser, N, Rethinking the public sphere: a Contribution to the critique of actual existing democrac”, en Calhoun, ed. *Habermas and the public sphere*, Cambrigde, MIT Press, 1992, pag. 141. Publicado en Español por la revista Sistema, Ecuador, 2001.

El término deliberación<sup>365</sup>, en su origen, admite la significación tanto de "ponderar y reflexionar cuestiones de interés general", cuanto de "resolver asuntos relevantes desde la toma común de decisiones", o sea, la idea de un proceso de discusión y evaluación en el cual los diferentes aspectos de una determinada propuesta son sopesados desde el interés general. En palabras de J. Cohen, una democracia deliberativa pone el razonamiento público en el centro de la justificación política. Habla de 'razonamiento público' antes que de 'discusión pública' porque para él una visión deliberativa, no puede distinguirse simplemente por su énfasis en la discusión, por encima de la negociación o el voto. El concepto de justificación provisto por el núcleo del ideal de la democracia deliberativa puede ser aprehendido en un procedimiento ideal de deliberación política<sup>366</sup>. En tal procedimiento, los participantes se ven como iguales entre sí; aspiran a defender y criticar instituciones y programas en términos de consideraciones que otros tienen razones para aceptar, dado el hecho del pluralismo razonable y el supuesto de que esos otros son también razonables; y están dispuestos a cooperar de acuerdo con los

---

<sup>365</sup> Por su parte, para Jon Elster, dentro de las definiciones de democracia deliberativa en la que la mayoría de los autores coinciden, el término 'democracia' se refiere a aquel concepto que expresa la idea de la toma colectiva de decisiones con la participación de todos los que han de ser afectados por la decisión o por los representantes. Todos, así mismo, concuerdan en que el término 'deliberativo' incluye la toma de decisiones por medio de argumentos ofrecidos por y para los participantes que están comprometidos con los valores de racionalidad e imparcialidad. Elster, Jon, *La democracia deliberativa*, Gedisa, 2001, pág. 21. En su libro, *La Justicia Frente al Gobierno*, R. Gargarella plantea la siguiente definición de democracia deliberativa: "La concepción deliberativa de la democracia parte de la idea de que un sistema político valioso es aquel que promueve la toma de decisiones imparciales, esto es, decisiones que no resulten sesgadas indebidamente en beneficio de alguna persona o grupo, sino que trate a todos con igual consideración". Gargarella, R, *La justicia frente al gobierno*, Ariel, 1996, pág. 21. Esta definición ayuda a entender que la democracia deliberativa debe permitir que se debatan todos los argumentos, se contrasten los de mayor o menor capacidad argumentativa y, ante todo, ofrezcan mecanismos transparentes para su efectiva realización.

<sup>366</sup> Cohen, J "Procedure and substance in the deliberative democracy" in S. Benhabib (ed.), *Democracy and Difference*, Princeton, NJ, Princeton University Press, 1996, pág. 95 y 108.

resultados de tal discusión, considerando esos resultados como obligatorios<sup>367</sup>.

Relacionado con la deliberación se encuentra el concepto de espacio público; éste ha cumplido un papel central en la reconstrucción de una concepción participativa de la democracia. Por medio de sus rasgos discursivos, el espacio público posibilita la existencia de espacios para la generalización de expectativas compartidas para el reconocimiento y aceptación de las diferencias y para la ampliación de la participación política<sup>368</sup>. Otra característica que presenta espacio público, reside en la articulación con la sociedad civil<sup>369</sup>, que para Cohen, son aquellos

---

<sup>367</sup> Ibid., Pág. 110.

<sup>368</sup> Ibid., Pág. 112.

<sup>369</sup> En la sociedad civil concurren, no de manera siempre armónica y pacífica, fuerzas disímiles, tensiones y conflictos, que buscan presionar y/o organizar las instituciones sociales, fomentar la participación sin exclusión de los diferentes grupos e individuos, lograr acuerdos decantados inicialmente en las deliberaciones públicas, con el fin de hacerlos conocer al Estado(s). En este sentido, la sociedad civil no es simplemente una comunidad ideal; es más bien el espacio de la diferencia, del conflicto de intereses, deliberaciones, disensos y consensos, expectativas y perspectivas en que se manifiestan grupos diversos. En ella no se disuelven o se finiquitan tales conflictos, divergencias o diferencias, más bien se transforman enriqueciendo y ampliando el proyecto colectivo. La dinámica de la sociedad civil, en este sentido, depende de los niveles de reconocimiento que ejerce el Estado y los diversos grupos de poder, de la construcción y formación de ciudadanía, de la formación para la deliberación, la interlocución y la participación en las diversas esferas sociales. De allí que las acciones ciudadanas como la civilidad, la participación, el trabajo por la garantía de los derechos fundamentales, la formación de ciudadanía y la autonomía, no se adquieran a través del mercado ni de las manifestaciones individuales, sino a través de la participación en organizaciones voluntarias, sindicatos, escuelas, cooperativas, asociaciones de vecinos, etc. Por consiguiente, cada vez es más significativa y determinante la forma como la sociedad civil está ensanchando amplios procesos de democratización, a través de su participación en la búsqueda y concreción de alternativas para enfrentar los complejos problemas a los que están hoy abocados los distintos colectivos societarios. En este orden de ideas, Habermas define la sociedad civil como conjunto de asociaciones y agrupaciones de carácter voluntario que identifica, aborda y tematiza los problemas transformándolos en deliberaciones públicas, evitando de esta manera que el conjunto de ciudadanos degeneren en masa. Afirma que "la sociedad civil se compone de asociaciones, organizaciones y movimientos que recogen la resonancia que los conjuntos de problemas de la sociedad encuentran en los ámbitos de la vida privada, los condensan y, elevando su voz, la transmiten al espacio de la opinión pública política que es el ámbito propio para su expresión. El núcleo de la sociedad civil lo constituye una trama asociativa que institucionaliza los discursos solucionadores de problemas, concernientes a cuestiones de interés general en el marco de espacios públicos más o menos organizados". Ibid., Habermas, *Facticidad y validez* ..., op.cit., pág. 460.

espacios libres de interferencia estatal y dejados a la espontaneidad social, no instrumentalizada por el mercado ni por los medios de comunicación. De las deliberaciones informales de la sociedad civil emergen los impulsos para la discusión de los asuntos básicos de la sociedad. El espacio público sirve de base para legitimar el Estado democrático de derecho y, una manera de hacerlo es que se garanticen que los procesos de deliberación y participación son libres y transparentes.

A pesar de sus actuales limitaciones y su fragmentación, el espacio público permanece como la única fuente para cualquier reforma e innovación en los acuerdos deliberativos. Sin esta posibilidad de cambio radical, construida dentro de la democracia constitucional misma, es difícil para las democracias mantener un juego dialéctico entre públicos emergentes y las instituciones, el cual es la clave de su vitalidad. Estas renovaciones periódicas de la soberanía popular mantienen a las instituciones alejadas de la posibilidad de adquirir formas independientes de poder, o que simplemente organicen a la opinión pública desde

---

Los autores J. Cohen y A. Arato, han realizado un estudio amplio y exhaustivo acerca de la relación existente entre la sociedad civil y el Estado. Para J. Cohen y A. Arato, la sociedad civil ha de ser entendida como una esfera de interacción social entre la economía y el Estado, compuesta ante todo de la esfera íntima (en especial la familia), la esfera de las asociaciones (en especial las asociaciones voluntarias), los movimientos sociales y las formas de comunicación pública". Cohen, J y Arato, A, *Sociedad civil y teoría política*, FCE, 2000, pág. 38. Precisan de igual forma que la sociedad civil moderna se crea por medio de formas de autoconstitución y automovilización, que se institucionalizan y generalizan mediante las leyes, y especialmente, por medio de los derechos objetivos que estabilizan la diferenciación social. Mencionan que la sociedad civil ha de entenderse como el conjunto de grupos de individuos organizados que se autoconstruyen continuamente como espacio público, tendientes a discutir, negociar y fundamentar una variada gama de necesidades comunitarias con el Estado. La sociedad civil puede entenderse, desde la perspectiva de estos autores como la esfera de las relaciones entre individuos, grupos y clases sociales que se articulan fuera de las relaciones de poder que caracterizan y estructuran las instituciones estatales; tiene como función hacerle exigencias y propuestas de todo orden al Estado, el cual se encarga de abordarlos, solucionarlos positivizarlos o suprimirlos. Ibíd, Arato, J y Cohen, J, *Teoría Política y Sociedad Civil...*, op.cit., pág. 234.

arriba<sup>370</sup>. Pueden también desafiar los presupuestos que guían incluso los “arreglos más participativos”, las inclinaciones antidemocráticas ocultas, y los procesos de exclusión de la cultura pública que pasen inadvertidos en la democracia representativa.

Prosiguiendo en esta línea de argumentación, la importancia de la democracia deliberativa estriba, pues, en la necesidad que tienen los ciudadanos de determinar cuáles y por qué han de ser esos y no otros los principios generales que han de guiar su constitución, es decir, ampliar en el espacio público el margen de la racionalidad discursiva. Desde esta perspectiva la deliberación incluye dos mecanismos:

- a. Deliberar sobre los hechos –el procedimiento para llevar a cabo acciones y cómo realizarlas, en donde se parte por lo general de acciones estratégicas–.
- b. Deliberar<sup>371</sup> sobre la mejor manera acerca de cómo ha de avenirse la imparcialidad de una norma –la mejor decisión para ese determinado caso–.

Por cuestiones que dispersarían este trabajo, no se hará énfasis en el primer mecanismo, con el fin de centrarse en el segundo. Para dicho mecanismo, una condición esencial en la deliberación pública

---

<sup>370</sup> Bohman, James, *Public Deliberation. Pluralism, Complexity and Democracy*, Cambridge, Massachusetts, MIT Press, 1996, pág. 143.

<sup>371</sup> Una de las críticas más comunes a la democracia deliberativa es que los intelectuales y expertos en ciertos temas presentan mayor oportunidad de influir a ciudadanos poco informados o con poca capacidad para deliberar en la esfera pública. Susan C. Stokes expone varias de las desviaciones de la deliberación; a su parecer, hay autores privados e interesados que intervienen en los debates generales para convencer al público de efectos causales erróneos de las políticas. Por lo cual el público presiona a los legisladores para decidir de forma errónea. Ver sobre este tema a Stokes, Susan “ Patologías de la deliberación”, en Jon Elster, *La democracia deliberativa*, gedisa, 2001, pág. 167.

ha de ser la posibilidad real que deben tener los participantes de poder argumentar y revisar públicamente sus decisiones; este es uno de los fundamentos de la pluralidad como pedagogía. Es acá donde se puede entroncar democracia constitucional con deliberación –que los argumentos de uno no valgan más que el de otro, que todos tengan las mismas posibilidades en un juicio jurídico–. “La democracia deliberativa aparece asociada a los requisitos que hacen posible reconocer las mejores propuestas y uno de esos requisitos es que todas las ideas se pueden expresar y defender con las suficientes garantías. Y eso es así porque no hay un modo de

determinar las mejores razones que no pase por las condiciones de autonomía que la democracia hace posible”<sup>372</sup>. –La deliberación pública, vista desde esta propuesta, puede cumplir un papel esencial en la dinamización de las democracias existentes como bien puede ser la representativa–.

Por consiguiente, una de las condiciones esenciales de la democracia deliberativa radica en la posibilidad que tienen los participantes de exponer sus argumentos y razones sin ninguna intromisión externa que limite y coarte la participación. Como lo expone P. Pettit: “pensar políticamente en los términos de las exigencias de la libertad como no-dominación nos proporciona una imagen muy rica y convincente sobre lo

---

<sup>372</sup> Ovejero Lucas, Felix, “Teorías y fundamentaciones de la democracia”, Andrés Hernández (compilador) en *Republicanismo contemporáneo...*, op.cit., pág. 210.

que es razonable esperar de un estado decente y una sociedad civil decente”<sup>373</sup>. Es repensar cómo hacer para que las instituciones públicas favorezcan los espacios democráticos generados a partir de las deliberaciones públicas, en donde los múltiples conflictos sean abordados de manera reflexiva y racional. Es asumir la capacidad de influir mediante una opinión pública inclusiva y a través de demandas sociales con opciones claras de poder plantear decisiones relevantes en los espacios democrático, político y económico.

Con la participación de los ciudadanos en la ‘creación de normas’ que les han de beneficiar, la democracia deliberativa adquiere cierta forma de ‘foro’ político, tangible a las realidades de los ciudadanos, que los incluye en los procesos de deliberación más que excluirlos. El profesor P. Pettit,

ilustra al respecto: “Si las leyes sirven para la mayoría de la gente a modo de señales indiciarias de las exigencias de normas cívicas adecuadas, no como meras medidas sancionadoras, no puede sino incrementarse la oportunidad de que las leyes disfruten de la aceptación y del sostén ciudadano”<sup>374</sup>. Esto se entiende en un Estado democrático de derecho, donde las normas están encauzadas de forma efectiva; es decir, que garanticen de modo real el poder disfrutar de la libertad e igualdad – obtener reconocimiento en la diferencia– sin ser dominados de forma arbitraria por los que ostentan el poder. Se entiende, entonces, que la democracia representativa, por sí sola, no basta para responder a los grandes retos que le plantea la sociedad civil; debe complementarse, desde los espacios de deliberación pública conquistados por todos los ciudadanos, y de este modo los representantes y las instituciones tienen

---

<sup>373</sup> Pettit, P., *Republicanism: Una teoría sobre la libertad y el gobierno*, Paidós, 1999, pág. 21.

<sup>374</sup> *Ibid.*, pág. 328.

el deber de considerar la opinión activa de aquéllos. El debate público fortifica a la democracia deliberativa y es aquí donde ésta adquiere su legitimidad.

Con el fin de relacionar el anterior planteamiento con la propuesta Habermasiana –desde esta perspectiva más cerca de Cohen que de Pettit–, se pasará a continuación a analizar su modelo de democracia deliberativa<sup>375</sup>, con el objetivo de retomar los posibles aportes que ésta le pueda realizar a la democracia representativa. En este sentido, Habermas atribuye a la sociedad civil como fuerza comunicativa, un papel fundamental en la construcción y fortalecimiento de la deliberación. Ha dicho sobre la sociedad civil que su manifestación proveniente del “mundo de la vida”, constituye, “considerado en conjunto, una red de acciones comunicativas que recogen la resonancia que las constelaciones de problemas de la sociedad encuentran en los ámbitos de la vida privada, la condensan y elevándole, por así decir, el volumen o voz, la transmiten al espacio de la opinión pública-política”<sup>376</sup>. La sociedad civil por tanto, no se puede seguir construyendo desde las perspectivas del derecho privado; ha de anclarse en las estructuras comunicativas del mundo de la vida. Desde este enfoque, el núcleo de la sociedad civil lo constituye una trama asociativa, que institucionaliza los discursos decantados públicamente, concernientes a cuestiones de interés general, en el marco de espacios públicos más o menos organizados<sup>377</sup>. Este concepto de sociedad civil, le sirve de igual modo a

---

<sup>375</sup> Dice en este sentido Habermas: “ En efecto, el entrelazamiento y juego entre un espacio de opinión pública basado en la sociedad civil, por un lado, y la formación de la opinión y la voluntad políticas en el complejo parlamentario, institucionalizado en términos de Estado de derecho (y también la práctica de las decisiones judiciales), por otro, constituyen un buen punto de arranque para la traducción sociológica del concepto de política deliberativa”. Habermas, J, *Facticidad y Validez ...*, op.cit., pág. 452.

<sup>376</sup> *Ibid.*, pág. 447.

<sup>377</sup> *Ibidem*.



Habermas para introducir la aclaración acerca de la estructura social y cómo los derechos fundamentales, sobre todo los relacionados con la participación pública –libertad de opinión, derecho a fundar asociaciones, participación ciudadana–, influyen en los sistemas políticos que han de ser sensibles a la deliberación ciudadana y a las manifestaciones procedentes de la sociedad civil, que ejerce gran influencia al momento de proponer y exigir los derechos.

La sociedad civil, sin embargo, no está inmune a las continuas presiones externas y manipuladas<sup>378</sup> que, a diario, se ejercen sobre las manifestaciones de los ciudadanos que participan públicamente. No obstante, Habermas confía en las posibilidades que tienen las deliberaciones públicas de influir en las decisiones administrativas y políticas, cuando los individuos no pretenden sólo intereses egoístas e individuales. Así, expresa que gracias a la acción de la participación ciudadana, se pueden ‘domesticar’ tanto el sistema administrativo como el económico. ¿Pero puede hoy la sociedad civil organizada hacer frente a las multinacionales y a los grandes emporios de poder que manejan la economía mundial? Ante esta pregunta, da la impresión que la constatación fáctica presenta una realidad poco alentadora. Habermas es consciente de ello, cuando afirma: “Ciertamente, las garantías que representan los derechos fundamentales no bastan para evitar las deformaciones del espacio de la opinión pública y de la sociedad civil”<sup>379</sup>. Ahora bien, aunque se han dado grandes avances en cuanto a la participación y reconocimiento de la sociedad civil<sup>380</sup>, también es cierto

---

<sup>378</sup> Estas coacciones se han venido ejerciendo solo por intenciones diferentes a la interacción comunicativa. Acciones estratégicas dirá Habermas.

<sup>379</sup> Habermas, *Facticidad y validez...*, op. cit., 450.

<sup>380</sup> Hoy día existen varias manifestaciones comunes que tienden a fortalecer la sociedad civil, a la vez que permiten obtener resultados colectivos: grupos ecologistas, defensores de derechos humanos, grupos anti-globalización, etc. Desde esta perspectiva, la democracia

que hace falta una cultura democrática y jurídica que incida mediante la participación pública en la toma de decisiones.

A lo anterior, Habermas podría objetar que “para nuestro propósito basta con hacer plausible que los actores de la sociedad civil, no tenidos en cuenta hasta ahora en nuestro escenario, pueden desempeñar un papel sorprendentemente activo y exitoso en los casos de percepción de una situación de crisis. Pues en esos casos, en los instantes críticos de una historia acelerada, esos actores, pese a su escasa complejidad organizativa, a su débil capacidad de acción y a sus desventajas estructurales, cobran la oportunidad de invertir la dirección de los circuitos de comunicación, convencionalmente consolidados, en el espacio de la opinión pública y en el sistema político y con ello cambiar el modo de solucionar problemas que tiene el sistema en conjunto”<sup>381</sup>. Piensa, igualmente, que atribuyéndole un papel preponderante a la sociedad civil fortalecida en el espacio público, los intereses de los individuos y los derechos fundamentales no se verán compelidos a caprichos arbitrarios por parte de los que pueden vulnerarlos y evitar, de esta forma, cualquier distorsión manipulada sobre aquellos. Una segunda manera de abordar el tema de la sociedad civil podría ser, desde la posibilidad de la desobediencia civil, tema que no se tratará para no apartarse del objeto de estudio planteado.

---

deliberativa pretende ‘introducir’, mediante criterios de discusión pública, puntos nodales que deben tener en cuenta los legisladores y los jueces y Tribunales Constitucionales en sus fallos.

<sup>381</sup> *Ibíd.*, pág. 462. Lo cierto es que, en esta medida, la apreciación habermasiana es ideal, pues en múltiples contextos sabemos que el derecho no ha podido superar las abismales asimetrías que produce el mercado entre los individuos y entre las naciones y que decir de las pocas garantías que tienen los individuos para poder participar en condiciones simétricas en la esfera pública y ser capaces de influir en las decisiones que con posterioridad tomarán los Estados.

Prosiguiendo con los argumentos antes señalados y con el fin de articularlos a la democracia deliberativa, se puede decir que la participación activa de los ciudadanos, desde los espacios de la sociedad civil, es no sólo posible, sino también deseable como elemento, imprescindible, de legitimidad. A este respecto, la diferencia entre el concepto de democracia deliberativa respecto al otro modelo –el de democracia representativo–, es muy significativo. Para la primera, los ciudadanos asumen un papel activo en la estructuración del sistema democrático; esta concepción da paso a una visión más radicalmente democrática, en la que los propios ciudadanos sean los agentes, no sólo de la legitimidad del sistema, sino de su cambio, mediante procedimientos deliberativos. Esta concepción se basa en la participación pública de ciudadanos activos, capaces de participar, ofreciendo su visión y defendiendo sus intereses, en los procesos de deliberación política. La sociedad civil ofrece, cada vez más, ejemplos de movimientos sociales y asociaciones que participan, que movilizan a un número creciente de personas. Una manera de articularse la sociedad civil en los espacios públicos, a modo de construir ciudadanía, sería tener la posibilidad fáctica de poder llevar a cabo lo siguiente:

1. Participar en procesos de formación de ciudadanía con actitud crítica, siendo capaz de entablar acciones comunicativas con el otro, con el fin de llegar a acuerdos.
2. Contribuir al cambio o a la estabilidad política de entorno, cuando las circunstancias conduzcan a ello, siempre y cuando sean tomadas racionalmente.

Intervenir, activamente, en los procedimientos de toma de decisiones y comprometerse a respetar las reglas y principios, a los cuales se llegó a acuerdos mediante un debate racional.

Tener un gran respeto por las normas que rigen su entramado social.

Participar, activamente, en procedimientos de desobediencia civil cuando las normas o leyes son demasiado injustas y no permiten ejercer sus derechos.

6. Comprometerse con las reglas democráticas y su seguimiento como una manera de contribuir al abordaje de conflictos. En este sentido, como corrobora Thiebaut, “en efecto, quizá sólo un conjunto de reglas procedimentales –como determinadas reglas de simetría y las de la mayoría– y sus supuestos normativos –como los de los derechos básicos de los individuos– pueden garantizar la concurrencia de opiniones diversas que, empecinadas éticamente en su diversidad, interpreten de maneras diversas qué es lo que habremos de entender por aquél <bien común> que tiene por objetivo y cuestión el sistema político”<sup>382</sup>.

Por tanto, la articulación de un poder legítimo por medio de la democracia deliberativa representa un procedimiento diferente para abordar múltiples problemas en los Estados democráticos de derecho, en la medida en que éstos puedan ser reorientados y canalizadas por medio de procesos democráticos participativos. La deliberación lleva a buscar acuerdos reflexivos, para poder desarrollar un diálogo público que favorezca concepciones plurales. Resimbolizar los espacios democráticos que permiten identificar aquellos principios que legitiman los acuerdos

---

<sup>382</sup> Thiebaut, Carlos. *Vindicación del ciudadano, un sujeto reflexivo en una sociedad compleja*, Paidós, 1998, pág. 155.

normativos, con el propósito de dimensionar la democracia deliberativa como encuentro de la pluralidad política, es primordial para fortalecer aquellos valores y principios<sup>383</sup> alcanzados conjuntamente mediante acuerdos que han de positivizarse. Por lo tanto, y retomando ideas desarrolladas por Zagrebelsky, la constitución no trata de imponer un proyecto político determinado haciendo exclusión de todos los demás, sino sólo fijar las condiciones para la posibilidad de distintos proyectos de vida<sup>384</sup>.

Lo anterior coincide con la propuesta de Habermas, para quien la necesidad de buscar alternativas a la crisis de la democracia actual es uno de sus presupuestos e intenta reconstruirla desde su propuesta de democracia deliberativa. Habermas parte de su teoría realizando una crítica a los modelos liberal y republicano; intenta una integración de ambos paradigmas utilizando reglas de discurso y formas de argumentación que toman su contenido normativo de la base de validez de la acción orientada al entendimiento. Así, afirma: “Si convertimos el concepto procedimental de política deliberativa en el núcleo normativo de una teoría de la democracia, resultan diferencias tanto respecto de la concepción republicana del Estado como una comunidad ética, como respecto de la concepción liberal del Estado como protector de una sociedad centrada en la economía y como la teoría liberal individualista, que se orienta sólo por el output de un balance económico de los rendimientos de la actividad estatal”<sup>385</sup>.

---

<sup>383</sup> Argumento que adquiere mayor peso en el Estado constitucional y democrático de derecho, en virtud de sus principios y valores fundamentales, entre ellos la dignidad humana y el pluralismo ideológico.

<sup>384</sup> Zagrebelsky, *El Derecho dúctil* ..., op.ct., pág. 12-13.

<sup>385</sup> Habermas, J. *Tres modelos de Democracia. Sobre el concepto de política Deliberativa*, Universidad de Valencia, 1994, pág. 11. Desarrollado en *Facticidad y validez*, Pág. 363.

El punto crucial del modelo liberal aparece aquí no como la autodeterminación democrática de ciudadanos que deliberan, sino como un Estado que, por medio del derecho y la economía, satisface las expectativas privadas de los ciudadanos. Por otra parte, se encuentra el modelo republicano, que asume al individuo como un ser para la participación política, restándole importancia a la autonomía individual. Ante los dos modelos anteriores, el paradigma deliberativo se apoya en la búsqueda de un consenso normativo de fondo<sup>386</sup> para la deliberación y la toma de resoluciones; “cuenta con la intersubjetividad de orden superior que representan procesos de entendimiento que se efectúan en la forma institucionalizada de deliberaciones en las corporaciones parlamentarias o en la red de comunicación de los espacios públicos políticos” y, continúa: “de esta comprensión de la democracia se sigue normativamente la exigencia de un desplazamiento del centro de gravedad en la relación entre los tres tipos de recursos que para las sociedades modernas representan los recursos que son el dinero, el poder administrativo y la solidaridad, a las que tienen que recurrir nuestras sociedades para satisfacer su necesidad de integración normativa y de regulación sistémica”<sup>387</sup>. Trata, por consiguiente, introducir de forma novedosa, los derechos, normas y principios que han de regir la convivencia de los sujetos en el Estado constitucional y democrático de derecho del que se ha hecho mención anteriormente.

De este modo, la teoría de la democracia deliberativa conjuga las propuestas de los modelos liberal y republicano y los integra en un procedimiento deliberativo para la toma de decisiones; le asigna, a la

---

<sup>386</sup> Habermas le critica a Rawls el relegar las “culturas de trasfondo “ a un segundo plano, no permitiendo enriquecer la cultura política por medio de la participación pública. Ver *Debate sobre el liberalismo político*, J. Habermas/ J. Rawls, Paidós, 1995.

<sup>387</sup> *Ibíd.*,pág. 15.

teoría del discurso, un componente intersubjetivo que representa los procesos de entendimiento que se llevan a cabo, por una parte, en la forma institucionalizada de deliberaciones de las cámaras parlamentarias, y por la otra, en la red de comunicación de la esfera política de la opinión pública. La doble comunicación entre los procedimientos comunicativos desarrollados informalmente y la institucionalización de estos procedimientos le lleva a plantear una nueva forma de descentralizar las decisiones tomadas, unilateralmente, por el poder legislativo o ejecutivo y qué no decir del poder judicial. Como afirma Habermas, “el poder producido comunicativamente se transforma en poder utilizable administrativamente. La opinión pública transformada en poder comunicativo mediante procedimientos democráticos no puede <mandar> ella misma, sino sólo dirigir el uso del poder administrativo hacia determinados canales”<sup>388</sup>.

La importancia que Habermas le atribuye a la deliberación tiene, como finalidad, rastrear los problemas y orientarlos hacia el poder administrativo. De esta manera, la soberanía no se concentra exclusivamente en el pueblo, ni tampoco se transfiere a un Estado anónimo y neutral de las competencias constitucionales. “Esa soberanía popular, por anónima que sea la forma que ahora adopta no ha hecho sino replegarse sobre (o traducirse en) los procedimientos democráticos y la implementación jurídica de los exigentes presupuestos comunicativos de esos procedimientos, a modo de hacerse valer como poder comunicativo”<sup>389</sup>. Lo cual hace pensar que la democracia deliberativa ha de incluir, dentro de su estructura interna, mecanismos procedimentales en su doble dimensión, formal y sustancial, acorde con estructuras

---

<sup>388</sup> Habermas, *Facticidad y validez ...*, op.cit., pág. 243.

<sup>389</sup> Ibid., pág. 378.

jurídicas legítimamente establecidas. Esto es, garantizar la igualdad jurídica de todos los implicados en las decisiones políticas y posibilitar, desde su autonomía pública, participar en las decisiones que afectan su entramado social.

La democracia deliberativa representa una parte nuclear del proceso democrático representativo; ésta como ya se ha expresado, más que contraponerse a la representativa, sigue una línea argumentativa-deliberativa. La democracia deliberativa obtiene así su fuerza legitimadora de la estructura social formada discursivamente, que se nutre de la interacción entre la “formación de la voluntad” formalmente articulada en términos democráticos<sup>390</sup>. La pieza medular de la democracia deliberativa consiste en una red de discursos y formas de negociación que tienen como fin posibilitar la solución racional de los problemas referidos a cuestiones pragmáticas, éticas, jurídicas y morales, es decir, de esos problemas estancados de una integración funcional, moral, ética de la sociedad, por la razón que sea ha fracasado en otro nivel. La tensión que ha de asumir la democracia deliberativa se presenta cuando es capaz de canalizar los impulsos dados en la deliberación pública y de estar alerta a la posibilidad de ser captada y dimensionada por la esfera administrativa. Éste es su gran reto. Que es un reto se comprueba cuando Habermas afirma “en un sistema político sometido a la presión de que ejerce la complejidad de la sociedad, estas restricciones (se refiere a las que realiza el control político para con la esfera de opinión pública) se manifiestan en crecientes disonancias cognitivas entre las suposiciones de validez del estado democrático de derecho y las formas del discurso efectivo del proceso político”<sup>391</sup>.

---

<sup>390</sup> *Ibíd.*, pág. 386.

<sup>391</sup> *Ibíd.*, pág. 399.



En la democracia deliberativa las decisiones de los diferentes individuos y grupos deben tener la posibilidad racional de ser tenidas como válidas y con opciones efectivas de ser escuchadas; “por eso, cuando la cuestión es resuelta –por ejemplo, mediante el voto de la mayoría a favor de adoptar un determinado conjunto de propuestas– todo participante, pertenezca a la mayoría o a la minoría, tendrá la misma información completa acerca del camino que el debate ha tomado”<sup>392</sup>. Las decisiones públicas, al contar con nuestro asentimiento, deben permitir que como ciudadanos activos tengan la posibilidad de cuestionar y ‘disentir’ de tales decisiones.

Así, en la propuesta de Habermas, existe una conexión intrínseca fuerte que la democracia deliberativa no debe transgredir: a) los procedimientos democráticos por medio de los cuales los sujetos se reconocen derechos con base en acuerdos intersubjetivos, b) el respeto a la pluralidad cultural e individual de los que son minorías, c) la autonomía ciudadana. Las condiciones dadas para que b y c sean efectivas, dependen de a. De allí que las razones con suficiente capacidad argumentativa sean un buen indicio de salud de la democracia deliberativa. Ésta debe permitir que los ciudadanos influyan en la toma de decisiones reflexivas, que las sólo impuestas por un órgano legislativo verticalmente. Garantizar que las decisiones políticas y jurídicas se den fundadas en razones deliberativas lo suficientemente informadas en las discusiones públicas, es un reto que debe seguir todo Estado democrático de derecho. De no ser así, las decisiones seguirán siendo tomadas de forma unilateral e injusta.

El anterior planteamiento lleva a entender qué significa la imparcialidad y el alcance de los consensos de “los mejores argumentos” a los que se

---

<sup>392</sup> Fishkin, James. *Democracia y Deliberación*, Ariel, 1995, pág. 68.

refiere Habermas. Se requiere, a partir de lo anterior, que todas las demandas sean escuchadas, representadas y con posibilidad real de ser confrontadas públicamente. Imponer a los demás los puntos de vista desde posiciones económicas, de número, de dogmas de fe, es síntoma de que algo va mal en un sistema democrático. Los procedimientos deliberativos constituyen la parte imprescindible de toda acción teórica racional, que se oriente hacia la autodeterminación y formación racional de la voluntad política. La institucionalización de los correspondientes procedimientos es lo que caracteriza el desarrollo y consolidación de la democracia deliberativa. Estos procedimientos democráticos –que son criterios con los que se mide la realización de los derechos– han de poder enmarcarse de la siguiente manera:

1. Constituir ámbitos públicos en los que puede tener lugar una formación más o menos racional de la opinión y la voluntad acerca de temas relevantes para la sociedad en general. Ello necesita de regulación por parte del legislador y su correspondiente consagración en el ordenamiento jurídico.
2. Un flujo constante de comunicación entre la opinión pública –en su formación– o lo que Nancy Fraser llama “espacios públicos débiles”, que son aquellas deliberaciones públicas que llevan a la formación de la opinión y que incluyen de una u otra manera la toma de decisiones, complementando, la tarea de los órganos parlamentarios procedimentalmente nombrados para ello.
3. Los resultados electorales y decisiones públicas más importantes deben institucionalizarse del modo más racional posible. Como afirma Amy

Gutmann, la deliberación sin la votación y sin las mayorías deliberantes es vacía<sup>393</sup>.

4. Las resoluciones legislativas tienen por fin garantizar que la influencia generada, comunicativamente, se transforme, a lo largo de la actividad legislativa, en poder utilizable administrativamente. “Con la teoría del discurso entra en juego una idea distinta: los procedimientos y presupuestos comunicativos de la formación democrática de la opinión y la voluntad funcionan como esclusa para la racionalización discursiva de las decisiones de una administración y un gobierno ligados al derecho y a la ley”<sup>394</sup>. Por tanto, la opinión pública regulada por procedimientos democráticos se transforma en ‘poder político’ dentro de un Estado democrático de derecho que es sensible a las diferentes opiniones que provienen de la complejidad social. El uso público de la razón se complementa así con el principio discursivo institucionalizado correctamente.

5 El control que realizan los ciudadanos, desde los mecanismos de participación, deliberación y desde los límites impuestos al poder por los derechos fundamentales, es lo que lleva a entender la democracia deliberativa como la forma de activar la voluntad, la autonomía y discusión pública. A esto contribuye la idea de que las personas jurídicas sólo pueden ser autónomas en la medida en que en el ejercicio de sus derechos ciudadanos puedan entenderse como autores precisamente de los derechos a los que debe prestar obediencia como destinatarios<sup>395</sup>.

---

<sup>393</sup> Esta es la idea que mantiene Amy Gutmann en su ensayo “Deliberative Democracy and Majority Rule”, En *Deliberative Democracy And Human Rights*, New Haven and London. 1999.

<sup>394</sup> Habermas, J, *Facticidad y Validez ...*, op.cit., pág. 376.

<sup>395</sup> Ibíd.,pág. 252. En este sentido la idea” la voluntad general” de Rousseau adquiere otra perspectiva, desde el aporte que le hace la teoría habermasiana.

6. El procedimiento democrático legitima la producción de normas. Los espacios de discusión públicos permean la estructura parlamentaria y hacen más real, a nuestro entender, la democracia deliberativa. Puede decirse que el derecho moderno adquiere su legitimidad desde la deliberación y no a partir de la propuesta de ‘neutralidad’ que propone el liberalismo individualista, por cuanto desde allí es muy difícil dar razones sobre los derechos fundamentales, en especial los derechos sociales y culturales; los derechos fundamentales aparecen así, concretándose en espacios públicos deliberativos, y desde procedimientos reflexivos e ‘intersubjetivos’. Este punto es aclarado por Habermas cuando plantea que “en todo momento, los ciudadanos han de poder entenderse también como autores del derecho al que están sometidos como destinatarios”<sup>396</sup>, integrando de este modo autonomía privada y soberanía popular. En consecuencia, la democracia deliberativa permite la realización de los derechos fundamentales tanto desde la ‘soberanía popular’ como desde los derechos subjetivos, lo que hace posible su accionar como ciudadanos con derechos. Es decir, con unas garantías específicas.

Volviendo a los procesos de deliberación pública abordados líneas atrás, se confirma fácticamente que estos espacios tienen poca relevancia y son de facto ‘ignorados’ en las democracias representativas. Desde esta situación, la democracia deliberativa trata de encontrar diferentes alternativas y propuestas –jurídicas, morales, políticas, sociológicas, entre otras–, a fin de hallar, conjuntamente, mecanismos que ayuden a construir espacios democráticos deliberativos para resolver los conflictos de una forma menos violenta, así como a posibilitar una mejor integración social. Sólo una cultura política ‘robusta’ podrá incluir a todos los ciudadanos en las esferas

---

<sup>396</sup> Habermas, J, *Facticidad Y Validez ...*, *op. cit.*, pág. 647. –A mi entender, esto supera el formalismo del derecho positivo y de los que siguen afirmando, que las normas son válidas sólo por el hecho de estar positivizadas–.

de participación. Esto implica interesar a los ciudadanos por la suerte de su “polis” y de su democracia, de una manera más activa. De esto se infiere que la salida a la crisis de la representatividad no puede ser la sola individualidad, esto es, deben existir ciertos referentes comunitarios que, sin anular la autonomía de los individuos, posibiliten la participación en deliberaciones comunes para la toma de mejores decisiones, o por lo menos de decisiones más consensuadas. Se entiende que las normas susceptibles de ser generalizables han de poder recibir el consentimiento de los afectados.

### **B) Carlos S. Nino y su concepción de democracia deliberativa**

Otro autor que analizó la posibilidad de la democracia deliberativa fue Carlos S. Nino. Éste, en su texto *La constitución de la democracia deliberativa*, plantea la unión entre democracia y constitución. Nino ve la democracia como un sucedáneo de la moral –por este término entiende el valor epistémico de una reflexión individual sobre la capacidad de generar una perspectiva imparcial con respecto a los intereses de todos los ciudadanos–, de allí que hable del “valor epistémico de la democracia”<sup>397</sup>. Esta propuesta requiere que la gente participe en el debate democrático, no sólo por lo que considera válido de acuerdo con sus intereses, sino también para justificarlo sobre la base de principios normativos, generales, universalmente aplicables y aceptables desde un punto de vista imparcial.

Ante la dificultad de que ‘todos’ puedan deliberar y articular principios que justifiquen sus decisiones, afirma: “El diálogo es el instrumento a través del

---

<sup>397</sup> Esta es una de las afirmaciones de Nino en *La constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, 1997. El procedimiento democrático debe corresponderse con los postulados de la moral. Otra de las tesis de Nino en dicha obra, es la de resolver entre otras, la tensión que existe entre el reconocimiento de los derechos y el funcionamiento del proceso democrático, inclinándose al final por la vigencia de los derechos individuales.

cual la democracia convierte las preferencias autointeresadas en preferencias imparciales. Sin embargo, esta concepción se diferencia de aquéllas (se está refiriendo el autor a otras concepciones democráticas como la directa, la utilitarista, la autoritaria entre otras), debido al énfasis que pongo en el valor epistémico del consenso que se alcanza a través del diálogo<sup>398</sup>.

Nino considera que el proceso democrático promueve el respeto por los derechos y que la continuidad de deliberar en la práctica constitucional garantiza la eficiencia de las decisiones tomadas por conducto del modelo democrático; de manera adicional, la deliberación pública y el respeto de los derechos individuales generan un profundo consenso que fortalece las decisiones de los tribunales constitucionales. Plantea que si se cubren estas precondiciones sin que los derechos en sentido “fuerte”<sup>399</sup> —llama así a los derechos individuales— puedan ser violados por omisiones, se podría superar la tensión entre la constitución y su materialización a través de la misma. Esto le lleva a exponer que: “De este modo, debemos basarnos en el supuesto de que el valor epistémico de la democracia no es todo o nada, sino gradual”<sup>400</sup>.

---

<sup>398</sup> Nino, C, *La constitución de la democracia deliberativa ...*, *op.cit.*, pág. 202. En esta situación, Nino sigue el planteamiento habermasiano, aunque en la página 158 afirme: “Habermas sostiene que el discurso práctico está constituido por interacciones comunicativas a través de los cuales los participantes coordinan sus comportamientos argumentando a favor o en contra de los diferentes reclamos de validez con la finalidad de un cierto consenso acerca de ellos... Éste estipula que la norma moral es válida siempre que gane la aceptación de las personas involucradas”. Acá, creo que estaría de acuerdo con la propuesta comunicativa Habermasiana, pero más adelante expone; “La concepción de la democracia deliberativa apoyada sobre su valor epistémico emerge a partir de confrontarla con el problema del conocimiento moral y de tratar de evitar los extremos de la reflexión individual de Rawls y el populismo de Habermas”, *Ibíd.*, pág. 198.

<sup>399</sup> No he encontrado en Nino, un planteamiento acerca de los derechos de tercera generación como el derecho al desarrollo de los pueblos, el derecho al medio ambiente, etc. Caso que si se presenta en Habermas, aunque como quedó anotado anteriormente tengo objeciones al respecto.

<sup>400</sup> *Ibíd.*, pág. 194.

De acuerdo al planteamiento anterior, para Carlos Santiago Nino, las decisiones democráticas, en tanto que son el producto del proceso democrático, estarían justificadas, siempre que el procedimiento democrático no haya sufrido modificaciones sustanciales con respecto a la moral. Esto es, la moral como categoría epistémica de la democracia ha de basarse en una justicia procesal perfecta<sup>401</sup> que lleve a justificar de qué forma los procedimientos, en condiciones justas, deben conducir a resultados fiables. De este modo, Nino entiende por justicia procesal perfecta, la corrección moral de las decisiones democráticas evaluadas por criterios internos –tal como el razonamiento justificatorio y las convenciones interpretativas de una práctica jurídica moralmente justificada– al propio procedimiento democrático<sup>402</sup>. Según Nino, si siguen las pautas anteriores, la democracia deliberativa sería el mejor procedimiento para entender y lograr la real vigencia de los derechos. Éstos pueden ser protegidos por mecanismos tales como el control constitucional, que por encontrarse fuera del proceso político, presenta mayor independencia.

Desde la perspectiva que presenta Nino, la teoría democrática se presenta como una concepción procedimental y dialógica de la democracia. Ésta adquiere los criterios de validez de principios logrados merced a procedimientos democráticos, pero también con relación a valores sustantivos –como los derechos humanos– que apoyan las decisiones tomadas racionalmente conforme a criterios morales. Al respecto, plantea Nino que los presupuestos morales incluyen principios sustantivos como el de autonomía, del cual pueden producirse juicios morales más específicos

---

<sup>401</sup> Se trata de un procedimiento infalible que conduce a resultados justos según se hayan utilizado o no criterios independientes. Ver Josep Aguiló, *La constitución del Estado constitucional*, Temis, Bogotá, 2004.

<sup>402</sup> Nino, C, *La constitución de la democracia deliberativa ...*, op.cit., pág. 164.

que ayudan a lograr un buen intercambio discursivo de opiniones<sup>403</sup>. Nino reconoce igualmente otros principios sustantivos tales como las reglas morales y la imparcialidad, que sirven de igual forma como filtros para que dichos principios estructuren referentes que posibiliten que la democracia deliberativa sea concebida racionalmente por los individuos como una práctica discursiva real, tal como repensar los acuerdos y los desacuerdos dados en una comunidad.

En este sentido el concepto deliberativo expuesto por Nino, se acerca a la propuesta que se viene abordando de la democracia deliberativa, en cuanto conduce a que las personas tomen decisiones democráticas en común y a que se respeten las decisiones que toman las personas como sujetos políticamente autónomos conforme a procedimientos democráticos. Desde este punto de vista, se quiere reseñar que la democracia deliberativa adquiere otro sentido; en ella, los ciudadanos son el centro de donde parten la mayoría de decisiones hacia las instituciones, que luego se revertirán en forma de normas a su cotidiano quehacer. Dicho modelo concibe a los ciudadanos como seres ‘no pasivos’ de la política, ciudadanos con capacidad de influir en ella por medio de la deliberación pública. De esta perspectiva es de donde surgen los acuerdos políticos de “múltiples pluralismos razonables”, por decirlo en palabras rawlsianas, tema que nos introduce en el siguiente apartado.

### ***C. Breves notas sobre el equilibrio reflexivo y el pluralismo razonable en la teoría rawlsiana. Aproximación al modelo deliberativo y a los derechos fundamentales***

---

<sup>403</sup> Ibíd., pág. 176.



Con el objetivo de continuar analizando las propuestas que sobre la democracia deliberativa han realizado diversos autores –como los antes mencionados–, se pretende en este acápite revisar la concepción que presenta Rawls<sup>404</sup> con relación a la deliberación y a los derechos fundamentales. Interesan para los efectos de dicho análisis, dos nociones esenciales de la teoría rawlsiana: el *pluralismo razonable* y el *equilibrio reflexivo*.

En cuanto al *pluralismo razonable*, éste se puede entender en la terminología Rawlsiana, como la multiplicidad de doctrinas comprensivas –aquellas que tratan de responder sobre concepciones concretas de la vida buena y a sus teorías justificadoras– todas válidas, lo que genera gran cantidad de problemas al tratar de concebir quién tiene la verdad, pues al no existir un orden ‘universal absoluto’ de fundamentación, ninguna teoría se puede subrogar tal potestad. La propuesta del *liberalismo político* de Rawls no pretende erigirse en tal orden, como quizá sucediera con anteriores teorías del orden social. De allí que Rawls piense en que existe una pluralidad de doctrinas comprensivas razonables, a veces compatibles y a veces incompatibles entre si, lo que conlleva a que no sean igualmente seguidas por todas las personas<sup>405</sup>. Ante tal cuestión, Rawls considera que el *Liberalismo Político* puede ofrecer el marco político compartido de justificación que sea aceptable por las diversas doctrinas comprensivas como tales, esto es, que para “la estabilidad de una sociedad democrática se exige que su concepción política pueda ser el foco de un consenso

---

<sup>404</sup> Rawls ha aportado a la teoría política liberal, ciertamente, cambios sustanciales a partir de las últimas décadas, en especial desde las contribuciones y planteamientos que éste ha realizado en torno a la filosofía política, el Estado Constitucional, la justicia, las libertades básicas, la cooperación social y los problemas morales entre otros. Ver al respecto el trabajo de Da Silveira Pablo y Wayne Norman, “Rawlsianismo metodológico. Una introducción a la metodología dominante en la filosofía política contemporánea”. En *Revista Internacional de Filosofía Política*, 1995, pág. 126.

<sup>405</sup> Rawls, J., *Liberalismo político*, F.C.C, México, 1996. Pág. 77

traslapado de doctrinas razonables, que a su vez sirva de sostén a un régimen constitucional”<sup>406</sup>. El *Liberalismo político* pretende ofrecer criterios razonables a las diversas doctrinas comprensivas, con el fin de construir un sistema democrático y jurídico estable.

El otro elemento esencial a retomar de Rawls es su concepto de equilibrio reflexivo. Éste busca identificar aquellos principios esenciales que regularían y orientarían a los ciudadanos después de que éstos les hayan dado su aprobación a las normas y pautas constitucionales construidas en el proceso de deliberación racional. Estos principios podrán ser, así, compartidos por todos y permitirán identificar lo razonable de las leyes y juzgar si los principios de justicia se están aplicando correctamente”<sup>407</sup>. El modelo así manifiesto permite confrontar la realidad fáctica con lo que podría ser y debería ser al presuponer principios y normas regulativas de un determinado espacio democrático constitucional. De esta manera, Rawls entiende el “equilibrio reflexivo” como aquel ejercicio mental realizado por el ciudadano en el cual se han considerado cuidadosamente concepciones alternativas de justicia y la fuerza de los argumentos a favor de ellas<sup>408</sup>.

Por tanto, el equilibrio reflexivo busca estructurar-direccionar los conceptos que de la política tiene el ciudadano que participa activamente en una sociedad democrática, y se anexa libremente a esa determinada opción política razonablemente, después de haber decantado –repensado– otras interpretaciones relevantes. En tal sentido, Rawls ha especificado que los juicios reflexivos han de estar bien ponderados y que no pueden ser los de un individuo aislado y egoísta, antes bien, serían los de los ciudadanos que

---

<sup>406</sup> *Ibíd.*, pág 81

<sup>407</sup> *Ibíd.*, pág. 205.

<sup>408</sup> Rawls, “Réplica a Habermas”, en *Debate sobre el liberalismo político*, Paidós, 1998, pág. 88.

discuten en la esfera pública cuáles han de ser los principios de justicia que ha de regir sus instituciones sociales. De esta forma, el autor en cuestión pretende formular una representación *procedimental* de la reflexividad, en la que, mientras sea posible, todos los criterios relevantes del razonamiento correcto sean exhibidos y puedan ser corroborados. Postula, por tanto, que tras una cuidadosa reflexión y de un adecuado procedimiento, se puede llegar a decisiones correctas o justas mediante acuerdos libres y racionales. Como afirma Rawls, la razón de cada uno y de todos, se presenta así como la máxima corte donde apelamos para dirimir conflictos sociales.

Lo que Rawls pretende lograr con su mecanismo “reflexivo”, en definitiva, es la concreción de los principios de justicia que van a regular la estructura básica de la sociedad mediante la ponderación de todos los criterios relevantes. Tal procedimiento especifica un ideal, “por ejemplo un ideal matemático o el ideal de una persona racional y razonable que entiende y aplica el procedimiento del IC (imperativo categórico) correctamente, o el ideal de un dominio de fines, una comunidad ideal de ese tipo de personas. Podemos decir todos los criterios relevantes porque ninguna especificación de este criterio puede ser final; cualquier exposición de éstos podrá ser siempre revisada por una reflexión crítica”<sup>409</sup>.

En tal sentido, el equilibrio reflexivo pretende que los ciudadanos acepten los principios normativos si éstos encuentran una base en las intuiciones morales “bien ponderadas”, que, en palabras de Rawls pueden ser captadas de las tradiciones éticas, de las tradiciones jurídicas e institucionales<sup>410</sup>. Esta intuición no puede ser la de un individuo aislado; ha de inscribirse, por el contrario, en la deliberación pública, que acerque a todos los individuos a

---

<sup>409</sup> Rawls, J , *Lectures on the History of moral philosophy*, Harvard University Press, Cambridge, 2000, pág. 238.

<sup>410</sup> “Réplica a Habermas”, en *Debate sobre el liberalismo político ...*, op.cit., pág. 8.

una concepción general sobre la justicia, proveniente de los principios normativos contruidos conjuntamente y aplicados por las instituciones. El equilibrio reflexivo funciona como un criterio de aceptabilidad racional lo más ampliamente justificado.

Así, los principios que han de introducirse a la constitución, además de contar con un amplio consenso, han de estar abiertos a los equilibrios reflexivos y a los diferentes aprendizajes obtenidos del proceso de formación y elaboración de la misma. Como lo expresa Cohen: “Así, es posible entender el sometimiento de normas controversiales al discurso con base en el modelo de ‘equilibrio reflexivo’ de Rawls, como una reconstrucción de las instituciones diarias que subyacen al juicio imparcial de las instituciones sociales y políticas en la sociedades civiles modernas”<sup>411</sup>. De esta manera, el equilibrio reflexivo de Rawls interesa en esta propuesta, en tanto que de manera similar al principio discursivo, ofrece elementos y criterios que le permite decidir a los ciudadanos si el conjunto de principios al que se hace referencia se encuentran justificados suficientemente. Mas por razones que se plantearán a continuación, la propuesta rawlsiana ofrece fisuras mayores que las de Habermas para explicar el fundamento de los derechos fundamentales y la participación ciudadana.

Veámos. En cuanto al pluralismo razonable, mencionado anteriormente, éste trata primordialmente –en palabras de Rawls–, de obtener un acuerdo entrecruzado que medie entre las diversas concepciones del bien, convirtiéndose así en un referente que orienta y posibilita encontrar principios rectores que refuercen las democracias constitucionales. Ahora bien, en la búsqueda del acuerdo entrecruzado juega un papel esencial la

---

<sup>411</sup> Cohen, J, *Sociedad Civil y teoría política*, FCE, 2001, pág. 435.

razón pública. En ésta, la discusión y la participación no se aplica a todas las cuestiones políticas, sino sólo a aquellas que expresan lo que Rawls denomina “elementos constitucionales esenciales” y cuestiones de justicia básica. Esto significa que sólo valores políticos han de plantearse en tan fundamentales cuestiones<sup>412</sup>. Ello ha de entenderse como que, al debatir “esencias constitucionales”, no se puede apelar a doctrinas comprensivas que no todos puedan suscribir racionalmente. Así, entre las cuestiones políticas que el autor no considera fundamentales –afirma que sólo a veces lo son– están entre otras: la legislación fiscal, los estatutos que protegen el medio ambiente, la conservación de zonas de vida silvestre, etc. El modo de actuar de Rawls sigue siendo la separación entre razones públicas y no-públicas, restringiendo la deliberación a cuestiones trascendentales para los individuos como son las *esencias constitucionales*.

Además, cuando Rawls afirma que “apelamos más bien a una concepción política de la justicia para distinguir entre las cuestiones que pueden eliminarse razonablemente de la agenda política y las cuestiones que no pueden eliminarse”<sup>413</sup>, da la impresión, que está inhibiendo los criterios y soportes de la diversidad política; o que el disenso sea algo irracional<sup>414</sup>. Refiriéndose a este tema, Ramón Maíz reafirma. “De la mano del consenso superpuesto procede, como es sabido, una ‘concepción política de la justicia’ que deduce los principios rectores de las instituciones

---

<sup>412</sup> Rawls, J, *Liberalismo Político ...*, op.cit., pág. 205.

<sup>413</sup> *Ibíd.*, pág. 210. Una de las características de la razón pública es que sus límites no se aplican a nuestras deliberaciones y reflexiones personales sobre las cuestiones políticas, o al razonamiento acerca de ellas por miembros de asociaciones tales como las iglesias y las universidades, todo lo cual forma parte de nuestro trasfondo cultural *Ibíd.*, pág. 206.

<sup>414</sup> Gargarella, R, *Las teorías de la Justicia después de Rawls*, Paidós, 1999, pág. 204. Esto puede corroborarse cuando Rawls argumenta que “yo propongo que en la razón pública las doctrinas comprensivas sean remplazadas por la idea de lo que es políticamente razonable hablarle a los ciudadanos”. Habermas, J, *Debate sobre el liberalismo político*, Paidós, 1995, pág. 53.

democráticas al margen de las doctrinas comprensivas”<sup>415</sup>. Esta escisión entre razón pública y no pública, restringe el espacio del conflicto político, del pluralismo, el debate, la toma de decisiones y el consenso-disenso, entre otros. Habermas ha polemizado igualmente con la idea rawlsiana de la razón pública. Dice Habermas: “Pienso en el procedimiento abierto de una praxis argumentativa que se halle bajo los presupuestos exigentes del ‘uso público de la razón’ y que no excluya de entrada el pluralismo de las convicciones y visiones del mundo”<sup>416</sup>.

Desde esa praxis argumentativa de la que habla Habermas, se puede hacer a Rawls la siguiente pregunta sobre el pluralismo razonable ¿al discutir los ciudadanos sobre cuestiones constitucionales, deben, en aras de incentivar la civilidad, abstenerse de debatir cuestiones relevantes sobre la vida buena? Ante esta pregunta Rawls intenta fundamentar un concepto de razón pública que ofrezca razones relevantes sobre materias constitucionales en la cual ciudadanos libres e iguales, pudieran ponerse de acuerdo como razonables y racionales.

¿Pero se pueden invocar y suscribir principios constitucionales válidos para analizar la complejidad social que presentan los derechos sólo con la oferta que hace el primer principio<sup>417</sup>? La respuesta de Rawls es que sí, siempre y cuando apelemos a valores políticos que todos puedan suscribir racionalmente. El problema estriba cuando se supeditan unos principios sobre otros, como sucede, al anteponer Rawls los derechos

---

<sup>415</sup> Maíz, Ramón (Ed.). “ Poder , legitimidad y dominación”, en *Teoría política: poder, moral, democracia*, Alianza Editorial, 2003, pág. 83.

<sup>416</sup> Habermas, J, *Debate sobre el liberalismo político ...*, op. cit., pág. 54.

<sup>417</sup> Rawls expone su primer principio de justicia de la siguiente manera: “Cada persona tiene igual derecho a exigir un esquema de derechos y libertades básicos e igualitarios completamente apropiado, esquema que sea compatible con el mismo esquema para todos; y en este esquema, las libertades políticas iguales, y sólo esas libertades, tienen que ser garantizada en su valor justo”. *Ibíd.*, pág. 31.

individuales sobre los económicos, ya que éstos no se pueden discutir dentro de las categorías de “*esencias constitucionales*”. Este autor menciona que se puede llegar a mayores acuerdos acerca de si los principios para la realización de los derechos y libertades se han realizado, que acerca de si se han realizado los principios para la justicia social y económica<sup>418</sup>. Por consiguiente, al supeditar los derechos sociales al primer principio, Rawls deja sin sustento y sin posibilidades de realización los derechos sociales y económicos, pues como lo especifica el autor en mención: “De manera semejante, si bien un mínimo social que prevea para las necesidades básicas de todos los ciudadanos es también un elemento esencial, lo que he llamado el ‘principio de la diferencia’ exige más, y *no es un elemento constitucional esencial*”<sup>419</sup>. Esta inextricable separación, y el dejar por fuera los derechos sociales y económicos de las esencias constitucionales –*Liberalismo político* de Rawls no da elementos para que el Estado y en su caso la Suprema Corte reconozca e interprete los denominados derechos prestacionales–, hacen que no se sigan las directrices del planteamiento rawlsiano, por permitir pocas garantías para los derechos económicos y sociales, cuestión que lleva a regresar y analizar nuevamente la teoría habermasiana, en especial los temas relacionados con la deliberación y construcción de los derechos desde la participación ciudadana y la deliberación pública, sin que se tenga que dejar por fuera del marco constitucional cuestiones esenciales como sí lo hace Rawls.

## **2. Aportes de los procedimientos de deliberación pública y los derechos fundamentales a la democracia representativa.**

---

<sup>418</sup> Rawls, J *Liberalismo Político ...*, *op.cit.*, pág. 218.

<sup>419</sup> *Ibidem*. Cursivas fuera del texto.

Los procedimientos de deliberación pública aportan a la democracia deliberativa la posibilidad de que los sujetos de derechos puedan consentir sobre decisiones relevantes a tomar, o bien, en caso contrario, disentir de ellas. De allí que la participación pública se convierta en garante de la legalidad jurídica plasmada en el orden constitucional; esto se puede conseguir en espacios públicos donde la sociedad civil tenga gran capacidad de movilización, de tal forma que pueda influir en las decisiones políticas.

Se trata, por tanto, de que las decisiones públicas “filtren” y “cuestionen” tanto los sistemas económicos creadores de grandes asimetrías sociales como las decisiones legislativas y judiciales. Se persigue que las deliberaciones racionales provenientes del mundo de la vida puedan aportar con sus planteamientos democráticos a las demás esferas sociales desde tres perspectivas:

- a. Desde la democracia deliberativa, a partir de la cual se constituye la legitimidad y la legalidad del Estado democrático de derecho.
- b. Desde la garantía, la autonomía y los derechos fundamentales, como límites al soberano y a los poderes incontrolados que restringen su desarrollo .
- c. Desde la legitimidad democrática mediada por el derecho.

Lo anterior garantizaría, según R. Alexy, “el proceso de formación del derecho como deber ser democrático. Con esto se busca que la pretensión de corrección del derecho no sea abandonada con la transferencia de la decisión a procedimientos jurídicos ... la teoría del discurso resulta ser así una teoría básica del estado constitucional



democrático ...”<sup>420</sup>. En este sentido, el derecho se fortalece siempre y cuando asuma los presupuestos e interrogantes que se dan en las deliberaciones públicas. Como afirma Habermas, la legitimidad democrática necesita ser guiada por flujos de comunicación que comiencen en la periferia y pasen por las esclusas de los procedimientos democráticos y constitucionales, situados a la entrada del complejo parlamentario. En este punto es necesario explicar que no es el derecho el que sólo legitima o deslegitima al legislador, sino aquellos acuerdos que resultan de las bases de un diálogo dado, en condiciones justas. En palabras de Habermas, “la progresiva inclusión de la población en el status de ciudadano abre para el Estado no sólo una nueva fuente secular de legitimación; genera al mismo tiempo, el nuevo plano de una integración social abstracta mediada por el derecho. Es en los procesos democráticos donde se asume la responsabilidad de impulsar la integración social de una sociedad cada vez más desintegrada” <sup>421</sup>. En este sentido, para Habermas el status de ciudadano se concreta en los derechos democráticos, éstos, se hacen reflexivos cuando llevan a cambiar situaciones contingentes opresivas y de violación de los derechos fundamentales .

Desde la democracia deliberativa, la soberanía popular adquiere relevancia en los espacios públicos de deliberación. Es retomar las perspectivas modernas de la participación ciudadana, desde el consenso-disenso político, desde el límite a la mayoría, etc., es hacer pasar los consensos-disensos democráticos por los llamados “filtros jurídicos y parlamentarios, a modo de legitimar la constitución a esas decisiones; es

---

<sup>420</sup> Alexy, R, *El concepto y la Validez del Derecho*, Gedisa, 1994 pág. 155.

<sup>421</sup> Ibíd, Habermas, *La Inclusión del Otro*, Paidós, 1999, pág. 11.

pasar del hecho al derecho”<sup>422</sup>. Principios como el de libertad e igualdad funcionan como punta del iceberg para la garantía y protección de los derechos fundamentales; de allí que los procedimientos democráticos sean tan relevantes para cuestionar y plantear qué es lo no ‘negociable’ e intangible a cualquier mayoría o minoría. La intangibilidad de los derechos debe partir de las deliberaciones públicas de los sujetos que forman parte de la comunidad jurídica.

En la deliberación pública, la racionalidad comunicativa apoya su análisis en las condiciones y estructuras básicas de la argumentación. De aquí se desprende que, en lo social, los sujetos deben demostrar que sus actos son correctos y válidos normativa y argumentativamente. Como participantes en los discursos racionales, los destinatarios del Estado democrático de derecho han de poder examinar si la norma de que se trata halla o puede hallar el asentimiento de todos los posibles afectados. Se sigue que la idea de autolegislación de los ciudadanos exige que aquellos que están sometidos al derecho como destinatarios se puedan entender a la vez como autores del derecho<sup>423</sup>. La participación entendida en ésta dinámica contribuye a hacer menos impositivas las decisiones coercitivas tomadas unilateralmente por las estructuras de poder.

La legitimidad del derecho sobre la base de que constituye la institucionalización de los procedimientos del discurso racional, le sirve a Habermas para explicar la supremacía de la constitución sobre la ley, ya que en ésta se establece el procedimiento discursivo de producción de la ley y los derechos fundamentales. El Estado democrático de derecho

---

<sup>422</sup> I. De Otto, *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes*, Centro de Estudios Constitucionales, 1987, Pág. 126.

<sup>423</sup> Habermas, J, *Facticidad y Validez ...*, *op.cit.*, pág. 153.

debe asumir por consiguiente, los mecanismos de producción de disposiciones legislativas mediante procedimientos jurídicamente institucionalizados y en los procesos informales de una formación más o menos discursiva de opinión y de voluntad<sup>424</sup>. Las normas de acción precisan de razones que expliquen su justificación; de allí que Habermas construya su teoría de la “legitimidad democrática”, sustentándose para ello en una fundamentación discursiva que en su análisis abarque toda la realidad social.

Es con la progresiva inclusión del individuo en el status de ciudadano como se abre, para el Estado democrático de derecho, una forma diferente de legitimación por medio de la integración social que ofrece el mecanismo discursivo del derecho. Desde este paradigma discursivo del derecho, Habermas replantea el individualismo liberal y el republicanismo, a partir de los procedimientos democráticos participativos e imparciales. Afirma en tal sentido: “La razón de ser del Estado no radica primordialmente en la protección de iguales derechos subjetivos, sino en la salvaguardia de un proceso inclusivo de formación de la

opinión y la voluntad común, en el que los ciudadanos libres e iguales se entienden acerca de las metas y normas que serían de interés común para todos. Con esto a los ciudadanos republicanos se les exige algo más que una orientación de función de propio interés”<sup>425</sup>. La democracia

---

<sup>424</sup> Habermas, J, *Ciudadanía política e Identidad Nacional*, Universidad de Barcelona, 1993, pág. 68.

<sup>425</sup> Habermas, *La Inclusión del Otro ...*, op.cit., Pág. 234.

deliberativa asume, en su estructura, la esfera privada –libertades negativas– y los acuerdos dados en la esfera pública –libertades positivas– integrados desde la normatividad jurídica. En este sentido se expresa G. Borradori cuando enuncia que: “en la visión de Habermas, la constitución de un Estado democrático republicano es el modelo de validación discursiva en toda su pureza”<sup>426</sup>.

Ahora bien, la búsqueda de mejores espacios públicos, sobre la legitimidad y validez de las normas, la democracia deliberativa y la pregunta por la legitimidad en los modernos estados de derecho, ha llevado a que en uno de sus trabajos “¿Cómo es posible la legitimidad por medio de la legalidad?”, Habermas exponga el peligro de desarticular el derecho del ámbito del mundo de la vida y el dejar de lado, los discursos prácticos, de donde el derecho ha tomado su legitimidad. Lo que podría significar que los individuos puedan seguir el derecho desde sus propias acciones estratégicas y asumir, por ende, las consecuencias de la coacción en caso de ser descubiertos cuando infringen la norma, o bien aceptar dichas normas porque han sido construidas legítimamente mediante la participación en la esfera pública.

¿Pero qué entiende Habermas por legalidad y legitimidad?

En su libro *La reconstrucción del materialismo histórico*<sup>427</sup>, había analizado Habermas el debate sobre la legitimidad; concibe por ésta el reconocimiento a un determinado orden político<sup>428</sup>. En dicho análisis, Habermas entiende el sistema social como compuesto por tres subsistemas: el subsistema económico, el político-administrativo y el

<sup>426</sup> G. Borradori, *La filosofía en una época del terror...*, op. cit., pág. 118.

<sup>427</sup> Habermas, J, *La Reconstrucción del materialismo histórico*, Taurus, 1981.

<sup>428</sup> *Ibid*, pág. 161.

socio-cultural; cada cual tiene unas tareas específicas y sus correspondientes funciones sociales.

A estos subsistemas corresponden diferentes tipos de crisis estructurales e insuficiencias estructural-funcionales: al subsistema económico corresponde una crisis económica; al subsistema político-administrativo corresponde una crisis de racionalidad, esto cuando la administración es sobrepasada por acciones e intereses individuales; y una crisis de legitimación cuando el Estado se ve obligado a intervenir administrativamente en la tradición socio-cultural para reducir el déficit de legitimación existente, originando con ello el surgimiento de efectos colaterales no programados por éste. Al subsistema socio-cultural corresponde una crisis de legitimación por la erosión de las tradiciones pertinentes para conservar el sistema y la insuficiencia del sistema para satisfacer el sistema universal de valores a que se ve comprometido el mundo de la vida<sup>429</sup>. En su análisis presenta, la necesidad de que el sistema sea legitimado por el mundo de la vida. Menciona que el subsistema socio-cultural necesita legitimarse a sí mismo y legitimar el sistema económico y político-administrativo, lo que implica de suyo,

---

<sup>429</sup> Ibíd, págs. 60-69. Esta forma de dominación sistémica se trasladará al mundo jurídico, desconociendo e ignorando por parte de éste, todo intento de justificación normativa. La integración social es reemplazada de esa manera por una integración sistémica. A esto es lo que Habermas ha denominado "la juridificación del mundo de la vida". Habermas ha cambiado su propuesta de la que va de *La reconstrucción del materialismo histórico* a *Facticidad y Validez*. En la esta última ha afirmado que: "Los residuos del normativismo de derecho natural se pierden, pues, en el «trilema» de que los contenidos de una razón práctica, que hoy es ya insostenible en la forma que adoptó en el contexto de la filosofía del sujeto, no pueden fundamentarse ni en una teología de la historia, ni en la constitución natural del hombre, ni tampoco recurriendo a los haberes de tradiciones afortunadas y logradas si se los considera resultado contingente de la historia". Ibíd, pág. 268. Para Habermas los sistemas sociales como el derecho no provienen ya de concepciones metafísicas, sino, que se sustenta en presupuestos de validez comunicativos. "Las formas de comunicación articuladas en términos de Estado de derecho, en las que se desarrollan la formación de la voluntad política, la producción legislativa y la práctica de decisiones judiciales, aparecen, desde esta perspectiva como parte de un proceso más amplio de racionalización de los mundos de la vida de las sociedades modernas, sometidas a la presión de los imperativos sistémicos".

reconocer otro tipo de legitimación diferente a la autolegitimación funcional del sistema mismo. Afirma que para el reconocimiento de ese orden se hace necesario un argumento justificatorio que lo valide.

La búsqueda de parámetros justificatorios lo conduce a su teoría de legitimidad democrática. Ésta le sirve para mostrar de qué manera y por qué las instituciones que ya existen o que se recomiendan que existan son capaces de emplear el poder político de forma justificada. La legitimidad se convierte de esta manera en un referente de garantía propia de los sistemas políticos. Ésta ya no se puede apoyar en fundamentos religiosos o en un orden 'señorial' medieval<sup>430</sup>.

De esta forma, su propuesta de legitimidad democrática, como pilar de integración social, necesaria en las sociedades y estados modernos, es articulada a la esfera del derecho, por cuanto éste lleva en si un fuerte componente argumentativo importante, a la vez, está obligado siempre a justificar sus acciones de manera racional. Esto lleva a argumentar por parte de Habermas que "la fuente de la legitimación no debe buscarse tampoco en una sola dirección. No ha de buscarse sólo en un lugar, sea el legislador político o el administrador de justicia. A través de la idea de la imparcialidad, tanto la fundamentación de las normas como la aplicación de regulaciones vinculantes establecen una relación, una conexión constructiva entre derecho vigente, los procedimientos legislativos y los procedimientos de aplicación del derecho"<sup>431</sup>. El derecho, mediante mecanismos y procedimientos

---

<sup>430</sup> –Weber distingue tres tipos de legitimidad: la legitimidad tradicional, la legitimidad carismática y la legitimidad legal-racional—. Postula que en los estados modernos se considera legítimo el orden vigente por la fe de los sujetos en la legalidad. Weber, M, *El político y el científico*, Alianza, 1967, pág. 85.

<sup>431</sup> Habermas, J. "¿Cómo es posible la Legalidad por medio de la Legalidad?" , *Doxa*, 1988, pág. 28.

democráticos, legitima el Estado de derecho y, a la vez, éste se manifiesta en la manera de normas formales y sustantivas que le dan credibilidad y legalidad. Por consiguiente, la legitimidad va a representar la pretensión de acompañamiento a un orden político y jurídico de ser reconocido como válido, correcto y justo, por ofrecer buenas razones argumentativas para los destinatarios de sus normas y por permitir que los ciudadanos puedan cuestionar el derecho y las normas existentes. La idea de legitimidad desarrollada en este contexto expresa en primer lugar, la concepción de una racionalidad, que garantiza la imparcialidad y la validez en los procedimientos democráticos, morales y judiciales. En segundo lugar, y como consecuencia de lo anterior, la legalidad sólo puede engendrar legitimidad en la medida en que se abra a la necesidad de justificación discursiva del derecho.

En tal sentido, Habermas da a entender que la legitimidad no es una realidad ajena al procedimiento de creación de normas jurídicas que se introducen como referentes internos y externos de validez del derecho. Se manifiesta por consiguiente en prácticas discursivas, legalizando de esta manera a las instituciones y a sus normas. Así, el derecho moderno asume la legitimidad como posibilidad de validarse socialmente, pues la aceptación real de las normas en la vida práctica es la que justifica que ese determinado sistema de derecho tenga o no aceptación democrática. De esta manera, para Habermas, la validez de las normas tienen una doble funcionalidad: a) que por medio de la coacción el derecho sea obedecido y b) garantizar y posibilitar, además, las condiciones tanto públicas como institucionales para que la norma se produzca en términos de legitimidad. Por tanto, le atribuye al procedimiento democrático de creación y fundamentación del derecho,

una fuente de legitimidad, pues pretende que los resultados de dichos procedimientos sean lo más razonables posibles: En tal sentido, “el proceso democrático es el que soporta en el modelo que exponemos toda la carga de la legitimación. Tiene que asegurar simultáneamente la autonomía privada y la pública de los sujetos jurídicos; pues los derechos subjetivo-privados ni siquiera pueden formularse de forma adecuada, ni mucho menos imponerse políticamente, si antes no se han aclarado en la discusión pública (...)”<sup>432</sup>.

De este modo le atribuye al derecho mayor complejidad a la hora de abordar problemas sociales. Los derechos fundamentales se convierten de esta manera en un elemento clave, para validar la legitimidad del Estado democrático de derecho. De lo expuesto anteriormente se puede concluir, con algunos indicativos, sobre la legitimidad y su incidencia en el Estado de derecho democrático abordado por Habermas:

- La legitimidad no puede ser validada como una acción para la obtener un fin individual, debe ser entendida como la capacidad ciudadana de deliberar, para obtener mediante procedimientos democráticos aquellos acuerdos inclusivos que no han prescindido de una justificación racional.
- El poder se regula por medio del derecho y tiene, como su máximo garante, al ‘pueblo’ que ve en la constitución y en los derechos fundamentales un espacio para poder legitimar sus demandas.
- Los derechos fundamentales legitiman a deslegitiman un determinado orden político.
- Posibilita, real y concretamente, el disfrute por parte de los sujetos de derecho de la libertad, la igualdad y los demás principios y normas constitucionales.

---

<sup>432</sup> Habermas, J, *Facticidad y Validez ...*, *op.cit.*, pág. 648.



– Posibilita a los ciudadanos espacios para argumentar en condiciones imparciales.

De lo anterior se deduce que es en un Estado democrático donde la participación ciudadana se presenta como aquellos argumentos en los que todos construyen unas reglas imparciales<sup>433</sup>, que conjuntamente han pactado y discutido. La legitimidad, en este sentido, se adquiere recurriendo a determinados criterios de validez normativa, aceptadas con el consentimiento de todos los ciudadanos.

En el libro titulado *La Constelación Posnacional*, Habermas reafirma la idea anterior al argumentar que “el concepto jurídico de autolegislación debe adquirir una dimensión política hasta transformarse en el concepto de una sociedad democrática que actúa sobre sí misma”<sup>434</sup>. Con el modelo democrático de legitimación del poder, tiene sentido la asociación de personas jurídicas libres e iguales, y donde la soberanía del pueblo adopta forma jurídica.

De esta manera puede decirse con Habermas que los argumentos esgrimidos en la esfera pública –después de haber permeado los órganos legislativos– llegan a convertirse en normas válidas y legítimas para todos. Así lo indica el autor alemán cuando afirma: “Si la soberanía comunicativamente fluidificada de los ciudadanos se hace valer en el

---

<sup>433</sup> Cuando se habla de la imparcialidad de las normas, el positivismo metodológico argumenta que se está traspasando el orden jurídico y que se está pasando al campo moral político; no lo creo así, pues si bien las normas morales necesitan su juridificación, no necesariamente se tiene que separar tan tajantemente la relación normas morales, normas jurídicas. La complementariedad que presenta Habermas entre ambas solventa la carencia del positivismo jurídico. Ver ¿Cómo es posible la legitimidad por vía de legalidad?, *Doxa* Nro. 5, 1988. “El derecho, al convertirse en positivo, no rompe sus relaciones internas con la moral y la política”. No nos detendremos a realizar un análisis entre moral y derecho por cuanto nos aparta del tema de trabajo. Ver entre otros, R. Dworkin, J. Habermas, L. Ferrajoli y G. Peces-Barba.

<sup>434</sup> Habermas. J, *La Constelación Posnacional*, Trotta, 2000, pág. 83.

poder de discursos públicos que brotan de espacios autónomos, pero que toman forma en los acuerdos de cuerpos legislativos que proceden democráticamente y que tienen la responsabilidad política, entonces el pluralismo de convicciones e intereses no se ve reprimido”<sup>435</sup>. Es de recordar que lo importante aquí es que se supera la manifestación de formas a priori del derecho y se introduzca la génesis democrática de éste, pues el modelo democrático, como se ha afirmado, tiene su sentido de ser en el parlamento y en las deliberaciones públicas que realizan los ciudadanos activamente.

Para Habermas, los derechos fundamentales, tanto los que garantizan las libertades individuales como los de participación política, fundamentan el estatuto de ciudadano, estatuto que, entre tanto, se ha vuelto autorreferencial, en la medida en que habilita a los ciudadanos unidos democráticamente, a constituir su propia normatividad mediante la autolegislación. La protección de los derechos subjetivos se ejerce en cuanto miembros de ese Estado, que a la vez ha propiciado que los individuos, libremente, acepten las reglas concebidas en forma racional y por medio de procedimientos democráticos imparciales. Considera así el autor que “debe ser posible, por lo menos obedecer las normas del derecho, no porque sean coercitivas, sino porque son legítimas...” y más adelante afirma, “pues la pretensión igualitaria de validez general de los derechos y la inclusión de todos ha servido también para encubrir una desigualdad de facto en el trato con los tácitamente excluidos”<sup>436</sup>.

Reitera, aún más, esta afirmación, cuando expresa: “ Así, la razón de ser del Estado no reside principalmente en la pretensión de derechos

---

<sup>435</sup> Ibid., pág. 254.

<sup>436</sup> Habermas , *La Inclusión del Otro ...*, op.cit., pág. 155.

privados iguales, sino en la garantía de una formación de la opinión y de la voluntad inclusiva en la que ciudadanos libres e iguales alcanzan un entendimiento sobre qué metas y normas se encuentran en igual interés de todos”<sup>437</sup>. Como se ha anotado, para Habermas los derechos fundamentales se establecen por medio de un procedimiento razonable práctico de formación de la opinión y de la voluntad del discurso, de tal modo que éstos descansan en el contenido normativo y en la autonomía política, desde la fuerza legitimadora de procesos discursivo-argumentativo<sup>438</sup>.

En esta dinámica, es posible vislumbrar la relación directa entre derechos fundamentales y política. Es decir, entre derecho y poder. Es ésta una de las tesis principales de H. Arendt al considerar que el primer derecho humano es el de la pertenencia política, condición de posibilidad de los demás derechos<sup>439</sup>. Lo anterior podría traducirse en: tener mayor capacidad de darse derechos lleva implícito una mayor responsabilidad de los autores, para quienes, a su vez, el derecho ha creado unas garantías de legitimidad y legalidad. La legitimidad se debe interpretar entre la positivización de los derechos fundamentales y la validez práctica, pasando a la vez –ambas– por una crítica racional pública y deliberativa, una especie de autolegislación normativo–deliberativa que llevaría a formar ciudadanos responsables con capacidad autónoma.

Por medio de la democracia deliberativa, Habermas pretende dotar de mayor capacidad a la esfera pública, dando legitimidad al principio democrático desde las acciones discursivas prácticas y desde el derecho, donde se sustenta la autonomía individual y pública, que a la vez integran

---

<sup>437</sup> Habermas, J, “Democracia, Derechos Humanos y Soberanía Popular. Las versiones Liberal y Republicana”, en “*La Democracia en sus textos*”, Alianza, 1999, pág. 274.

<sup>438</sup> *Ibíd.*,pág. 279.

<sup>439</sup> H, Arendt, *Los Orígenes del Totalitarismo*, Tuarus, 1974 Pág. 8.

el supuesto básico de cualquier Estado de derecho. Habermas considera en tal sentido que: “la conformación de un estado social de derecho depende, por consiguiente, de la intervención de los diversos agentes individuales y colectivos en las luchas por el reconocimiento de sus derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales”<sup>440</sup>. Tratar de que la fundamentación de los derechos se dé a partir de procedimientos democráticos deliberativos y, además, que la aplicación de éstos cuente con una justificación racional y discursiva, se constituye en un reto para el modelo que se ha venido denominando *democracia constitucional deliberativa*.

En tal orden de ideas y para concluir este capítulo se considera prioritario, replantear los esquemas por los que se guía la democracia representativa, en especial se hace fundamental abrir los mecanismos de participación, promoción y garantía de los derechos fundamentales, tal y como se ha venido proponiendo con el paradigma de la democracia constitucional deliberativa desarrollada por Habermas.

Por tanto, si el modelo deliberativo anclado en la democracia constitucional no funciona, se deberá buscar otro mecanismo, pues los derechos llevan a dignificar al hombre y a hacer más efectivas las instituciones de las que éste hace parte. La discusión sobre este tema ha de tener un efecto positivo sobre la mejor forma de entender la deliberación pública y los derechos fundamentales. En esto hay que ser optimistas pues, de lo contrario, se tendría que decir con Bärber Bohley: “esperábamos la justicia pero ha venido sólo el estado de derecho”. Sin embargo, se podría intentar cambiar la sentencia y decir que no sólo ha venido el estado de derecho, sino que aún se espera la justicia y las

---

<sup>440</sup> Habermas. J, *La Inclusión del Otro ...*, op.cit., pág. 190.

prácticas de dar razones con la llegada del Estado constitucional deliberativo.

## **CAPÍTULO V**

### **MECANISMOS DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN LA CONSTITUCIÓN COLOMBIANA DEL 91: UNA APROXIMACIÓN A LA TEORÍA COMUNICATIVA HABERMASIANA.**

*“Si todos los posibles afectados, ante una materia necesitada de regulación, llegaran conjuntamente, mediante discursos prácticos, a la convicción de que un determinado modo de actuar es igualmente bueno para todas las personas, entonces considerarían esa práctica como vinculante”.*

## HABERMAS

**1. Introducción**

En los capítulos precedentes se analizó que uno de los objetivos de Habermas, al proponer el principio discursivo como mecanismo de construcción y elaboración de espacios democráticos que favorezcan la protección y garantía de los derechos, consistía en la posibilidad de hacer más deliberativa la toma de decisiones, en descentralizar y hacer más participativo el poder del Estado, y en permitir, mediante acciones dialógicas, las condiciones para llegar a legitimar los acuerdos vinculantes para todos los afectados de manera consensuada. Estos consensos y acuerdos sólo se logran en aquellas democracias constitucionales pluralistas que optan por el diálogo, por el reconocimiento político y jurídico del status de los integrantes de la comunidad jurídica, incluyendo el respeto de los que optan por una acción racional orientada hacia el disenso. Como lo expresa con razón Pérez Luño, “se trata, en suma, de que en una sociedad democrática y pluralista, los valores, bienes o derechos fundamentales no pueden ser producto de la imposición arbitraria de una ideología, sino el resultado del consenso intersubjetivos edificado sobre supuestos procedimentalmente imparciales y a partir del sistema de necesidades radicales humanas”<sup>441</sup>.

El aceptar las normas y principios válidos en la Constitución –en una sociedad conflictiva como la colombiana–, sólo puede ser el resultado de asumir reflexiva y racionalmente su fundamentación y justificación como un proceso construido conjuntamente por todos los actores sociales. La Corte

---

<sup>441</sup> Pérez Luño, A, *La Seguridad jurídica*, Ariel, 1994. Pág. 78.

Constitucional colombiana no ha sido ajena a este proceso; así lo ratifica en la Sentencia C-180 del 94: “la democratización del Estado y de la sociedad que prescribe la Constitución no es independiente de un progresivo y constante esfuerzo de construcción histórica que compromete a los colombianos –en mayor grado, desde luego, a las instituciones públicas y a los sujetos privados que detentan posiciones de poder social o político– y de cuyo resultado se derivará la mayor o menor legitimidad de las instituciones, no menos que la vigencia material de la Carta y la consecución y consolidación de la paz pública”. De esta manera, las propuestas encaminadas a fortalecer el espacio democrático constitucional deliberativo no pueden agotarse en concepciones individuales; antes bien, deben poder explicarse en términos comunicativos y de acuerdos logrados intersubjetivamente, tema abordado en los capítulos I y II de este trabajo.

Por tanto, la primacia de repensar normas y principios que faciliten los mecanismos de evaluación y discusión de las reformas políticas, de la garantía de los derechos, de la necesidad de juicios reflexivos contrafácticos justificados en clave racional que garanticen la disidencia y la crítica, son preferentes para no seguir estando tan sólo sustentados en salidas intermedias y dadas por un uso estratégico de la argumentación, sin ninguna conexión con los principios constitucionales contruidos mediante opciones comunicativas. Si bien el proceder político real se aleja con frecuencia de los ideales imparciales, como los propuestos por el *principio discursivo* desarrollado por Habermas, también es cierto que si se tratara de explicar la actividad pública sin hacer referencia a los principios que guían y orientan las acciones normativas-comunicativas, analizadas sólo desde espacios reales y estratégicos, se caería en un situación circular poco aconsejable –relativismo fuerte– para democracias frágiles como la Colombiana.

En espacios como el colombiano –de poca garantía de los derechos, de corrupción generalizada<sup>442</sup>, de poca participación ciudadana en los espacios democráticos, de conflicto armado entre diversos grupos, etc–, es necesario fortalecer, mediante diferentes propuestas y alternativas, una nueva cultura pública de participación ciudadana, unos espacios políticos y jurídicos donde se respete la autonomía pública y privada de los sujetos, de espacios institucionales que promuevan escenarios interactivos comunicativos tan necesarios en este contexto, con el fin de abordar en forma positiva los inaplazables problemas mencionados anteriormente. Por consiguiente, la propuesta de este capítulo, radica en analizar algunas de las principales causas del resquebrajamiento del tejido social colombiano, tales como: la ausencia de Estado democrático de derecho, garantías mínimas para ejercitar los derechos fundamentales, carencia de espacios y mecanismos democráticos reales, poca capacidad estatal para promover y garantizar una legitimidad inclusiva que responda, junto con otras propuestas, la creciente y compleja crisis social que vive el país.

Se trata de interpretar los anteriores problemas de una manera teórica y analítico-explicativa, con el fin de retomar los mecanismos prácticos que ofrecen el principio de adecuación y el de fundamentación ínsitos en el principio discursivo, así como de los derechos fundamentales en perspectiva habermasiana, en especial el derecho a la autonomía y a la participación política. Con estos elementos se intentará una aproximación a la posible validez del modelo teórico tratado en este trabajo –capítulos precedentes–, para analizar desde allí el modelo de democracia participativa inscrito en la

---

<sup>442</sup> La participación ciudadana en el ejercicio de control a los dineros públicos que llegan a las comunidades y de lucha contra la corrupción, se ha convertido en una actividad de alto riesgo para los integrantes de estas veedurías que logran denunciar hechos de corrupción. Los múltiples sucesos diarios demuestran esta situación.



Constitución colombiana del 91. Tenemos, pues, el propósito de examinar las posibles fortalezas o falencias de dicha Constitución y su posible concreción en las instituciones y en los espacios sociales donde intenta validarse. La aplicación *prima facie* del principio discursivo y su posible introducción en el ámbito institucional democrático, en los derechos fundamentales, en los espacios comunicativos, en la construcción de sociedad civil<sup>443</sup>, debe permitir analizar la viabilidad, fortaleza o inaplicabilidad que el modelo teórico ofrece en su posible contextualización(I).

De ahí el interés en este trabajo por el análisis teórico-práctico que pueda ofrecer el paradigma discursivo del derecho, que en el caso de Colombia, se podría concretar en despejar los canales de participación política obstaculizados desde la misma Constitución del 91 como más tarde se expondrá. Esto debe llevar fortalecer espacios públicos autónomos, con el

---

<sup>443</sup> Analizando de forma muy general la sociedad civil en Colombia se puede percibir claramente que ésta se ha caracterizado por su fragmentación y desarticulación de sus reivindicaciones y exigencias comunes ante el Estado y grupos de poder. Su reducido protagonismo obedece a situaciones accidentales, como las marchas por la liberación de secuestrados o de exigencia de derechos laborales, lo cual ha hecho que carezca de poder de convocatoria con las fuerzas vivas de la sociedad y por ende a la búsqueda de un proyecto progresivo de fortalecimiento y de intereses colectivos. De allí que la crisis de legitimidad expresa en la falta de una sociedad civil en Colombia se percibe en la ausencia de respaldo ciudadano a las instituciones, a la poca búsqueda de canales legítimos y efectivos de participación ciudadana que reivindiquen y hagan valer sus proyectos. Al respecto Pedro José Amaya anota que “el capital institucional en Colombia es limitado, la sociedad civil no es una colectividad organizada ni articulada, se ha enfrentado históricamente a la exclusión; el pueblo colombiano nunca ha tenido ni voz ni voto en las decisiones trascendentales del país, las cuales han estado en manos de una minoría y siempre han favorecido sus intereses particulares; se han trivializado fenómenos como la corrupción, la impunidad, la violencia y el clientelismo. La sociedad colombiana no cuenta con mecanismos adecuados para una solución a los conflictos, y las reglas de juego no se cumplen, no son claras ni únicas. Sólo hoy día se empiezan a ver iniciativas desde la sociedad civil que todavía son púberes y débiles”. *La sociedad civil en Colombia*, Siglo del Hombre Editores, Bogotá. 1999, pág. 221. De esto se sigue la necesidad de movilizar la sociedad civil como una de las mejores vías para exponer los abusos y disminuir la ilegitimidad de los regímenes autoritarios. Cuando la sociedad civil es demasiado débil, el poder se impone con más presión, invalidando los procesos públicos de conformación de sociedad civil y por ende la violación de los derechos fundamentales.

fin de ir ampliando las posibilidades de participación de los ciudadanos y poder intervenir en la toma de decisiones. Es una especie de legitimidad democrática, que en la vía de la propuesta teórica de Habermas, intente explicar y responder entre aquellas condiciones deliberativas y aquellas sustentadas en la coacción y el engaño. En este aspecto, la carencia práctica del debate racional parlamentario –del colombiano en este caso– dista mucho de la obtención no coactiva de los acuerdos vinculantes de los procedimientos discursivos. Como lo recuerda Rafael de Asís: “Un poder en el que se excluya de la participación a los ciudadanos, en el que no existan mecanismos de control de su actividad, en el que no pueda producirse una variación periódica en sus detentores, aunque reconozca la existencia de ciertos derechos fundamentales, difícilmente hará de éstos unos instrumentos eficaces como limitadores de la actuación del poder”<sup>444</sup>.

El reto estriba, pues, en cómo poder aplicar, analizar, reflexionar y dimensionar estas cuestiones teóricas a realidades tan disímiles y complejas como la colombiana, donde las condiciones para adaptar dicho modelo discursivo son para muchos mínimas e impensables<sup>445</sup>. El construir desde estas dinámicas debe posibilitar entender que Colombia es una sociedad pluralista, inmersa en demasiados conflictos y problemas sociales aún no resueltos, que deben ser repensados conjuntamente. Desde esta

---

<sup>444</sup> Asís Roig. Rafael, *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*, Debate, Madrid, 1992, pág. 72.

<sup>445</sup> Si para muchos críticos estas teorías no brindan elementos prácticos ni ayudan a entender dinámicas como la nuestra, habrá que retomar lo que en ella exista de útil y ponerse a trabajar en la empresa de proponer y construir nuevos esquemas que interpreten la realidad, sin intentar por ello abandonar la riqueza teórica que, como la expuesta por Habermas, se ha pretendido seguir en este trabajo. Se puede aprender por ejemplo: la manera en que esta teoría cuestiona la realidad, de cómo este arsenal teórico –como aprendizaje– puede incentivar la búsqueda de respuestas propias acordes con nuestros problemas fácticos: la importancia de buscar un acuerdo sobre la validez de una norma no sólo formal sino sustancial, de la forma como el procedimiento utilizado por el principio discursivo orienta e indica el sentido como se han de manifestar en las prácticas sociales la imparcialidad de las normas, permitiendo ensanchar la base del acuerdo democrático, jurídico y político, etc.

perspectiva es primordial entender y asimilar los mecanismos participativos democráticos inscritos en la Constitución del 91 –la Iniciativa Popular, el Cabildo Abierto, la Revocatoria del Mandato, el Referendo, etc.–, como espacios reales para legitimar y dimensionar hacia una sociedad más inclusiva y participativa, aquellos principios constitucionales democráticos – legitimidad, participación ciudadana, justicia social, derechos fundamentales, Estado democrático de derecho–, donde puedan converger los múltiples y disímiles conflictos todavía sin resolver; pero también continuar repensando aquellos espacios comunicativos, los acuerdos normativos como aprendizaje social, el fortalecimiento del Estado y la sociedad civil (II), etc.

Estos son, entre otros, los motivos que llevaron a analizar la teoría discursiva habermasiana y las posibles pautas que ésta pueda ofrecer a la realidad política, democrática y jurídica colombiana, en especial los mecanismos de participación ciudadana y su aproximación relacional con el principio discursivo expuesto por Habermas y desarrollado en el primer capítulo de este trabajo.

## **2. El modelo democrático participativo como mecanismo teórico fundamental en la Constitución Colombiana.**

Para nadie es un secreto que los lazos sociales en Colombia están erosionados, resquebrajados, escindidos y sin perspectivas de reconstruirse próximamente como espacio de encuentro de la diversidad y la pluralidad. Ello ha generado una gestación multiforme y policrómica de extraordinaria complejidad que se ha venido manifestando en todas las instancias sociales. Frente a esto la teoría habermasiana puede orientar en semejante empresa

—recordemos que para Habermas no cualquier diálogo lleva al consenso, sólo aquel que ha sido realizado bajo ciertas condiciones razonables y, después de haber agotado todas las objeciones pertinentes que los participantes reconocen como legítimas y válidas—, siempre y cuando que se la tome como herramienta explicativa y no como dogma, haciéndole aportes, enriqueciéndola con planteamientos acordes con la situación colombiana, tarea que se intentará hacer cuando se trate de los mecanismos de participación ciudadana y su desarrollo constitucional.

En este orden de ideas, se intenta tensar el mecanismo constitucional participativo inscrito en la Constitución del 91, con el modelo del principio discursivo habermasiano, de modo que permita aclarar y entender cómo se ha manifestado e influido aún hoy el *déficit de lo público* y de los espacios democrático-participativos, concretizados en la falta de aplicación y concreción de los principios participativos positivizados en nuestra Constitución —sólo expuestos formalmente, como se explicará posteriormente—, en la carencia de toma de decisiones consensuadas por parte de los órganos del Estado, en la poca participación en la esfera pública, en la mínima expresión en la toma de las principales decisiones nacionales, en la exclusión de una amplia escala de la población en proyectos sociales, políticos y democráticos, etc. Las anteriores descripciones han gestado, con el tiempo, múltiples conflictos sociales, que se han reproducido, entre otras, en una espiral compleja de la violencia que no se intentan analizar en esta investigación.

El objetivo es repensar y redimensionar —partiendo de la propuesta habermasiana—, un mecanismo de participación ciudadana

más inclusivo<sup>446</sup> donde tenga asidero la diversidad social y política, donde exista la disposición a revisar los juicios a la luz de argumentos racionales que hayan sido discutidos por los afectados mediante la apertura de foros abiertos al debate, a la deliberación y a la incidencia en la toma de decisiones. Este mecanismo ha de hacer hincapié en la idea de superar la negociación política y el regateo faccionario de la actividad política ordinaria y adoptar unas garantías exigidas en la argumentación, tendientes a elaborar y construir aquellos principios<sup>447</sup> y normas constitucionales –redimensionar el mecanismo de participación ciudadana y de la soberanía popular en este caso– que lleven a dirimir los conflictos mediante opciones compartidas, desde lo que Habermas últimamente ha denominado el "paradigma discursivo del derecho", y que hemos abordado anteriormente en este trabajo.

En este sentido, una Constitución democrática ha de propiciar espacios donde el conflicto político no se suprima sino que reconozca y establezca mecanismos para que las diversas exigencias y expresiones sociales, reconocidas o no como legítimas, se expresen por medio de procesos democráticos. Sin ambages se puede decir que, sin la participación efectiva de los afectados por las normas, estos mecanismos participativos democráticos quedan sin sustento fáctico. Como afirma Böckenforde: "Los ciudadanos están vinculados de un modo muy esencial con la vida y la suerte política del Estado que ellos forman y sostienen, y en esa

---

<sup>446</sup> El intento de establecer mecanismos participativos en nuestra Constitución, no puede ser ajeno al planteamiento teórico que, como el mecanismo de esclusas propuesto en el modelo habermasiano de democracia deliberativa, posibilita, entre otros, los siguientes aspectos: el reconocerse derechos vía construcción democrática; la posibilidad de legitimar el Estado por medio de procedimientos legales como los que ofrece el derecho; la posibilidad de hacer más justas y reflexivas las decisiones tomadas mediante el diálogo.

<sup>447</sup> Como Expresa Rubio Llorente, "Es imprescindible la posibilidad de apelar a los principios para modelar la aplicación de las leyes, acomodarlas al caso concreto, e impedir que el aseguramiento de injusticias se haga visible". *Derechos fundamentales y principios constitucionales*, Ariel, 1995, pág. 8

medida aparecen también como una comunidad política con su propio destino”<sup>448</sup>.

Así, el derecho fundamental a la participación es condición esencial para el fortalecimiento del Estado democrático de derecho. Su garantía es presupuesto fundamental para una democracia que pretenda ser coherente con los principios constitucionales contruidos de acuerdo con procedimientos democráticos y que posibilitan regular legalmente la convivencia de los individuos, por medio del reconocimiento intersubjetivo y la construcción del derecho legítimo. Este derecho legítimo protege, en tanto garante de los derechos, la autonomía tanto pública como privada de los ciudadanos. De esto se deduce el status jurídico de los ciudadanos en tanto miembros activos de una comunidad jurídica. Los derechos fundamentales, elaborados por medio de la participación ciudadana, permiten institucionalizar las demandas relevantes, provenientes de la sociedad civil y de los espacios públicos. Como menciona J. Habermas: “sin los derechos básicos que aseguren la autonomía privada de los ciudadanos, no habrá un medio adecuado para la institucionalización jurídica de las condiciones bajo las cuales los ciudadanos puedan hacer uso de su autonomía pública” <sup>449</sup>.

Como lo plantea Habermas, es en el espacio público donde se funda y se construye la democracia. Es el punto de encuentro de una sociedad capaz de legitimar sus espacios democráticos y a la vez de discutir con el fin de reforzar, ampliar o en caso contrario, reconocerse nuevos derechos. Éstos, entendidos en tal sentido, adquieren otra dinámica en la obtención de sus garantías, pues se han inferido condiciones discursivas

---

<sup>448</sup> Böckenforde, E, *Estudios sobre el Estado de derecho y la Democracia*, Trotta, 2000, pág. 67.

<sup>449</sup> Habermas, *Facticidad y Validez ...*, op.cit., pág. 365.

en su creación desde espacios comunicativos. Así pues, la legitimidad de la esfera pública está vinculada a su potencial de inclusión en los procedimientos institucionalizados discursivamente. –puede diluirse si abandonamos la concepción de la esfera pública orientada a redimensionar un modelo plural de democracia constitucional–. Al garantizar la ‘imparcialidad de las decisiones’ normativas de los procedimientos democrático –deliberativo, legislativo y judicial–, la democracia constitucional obtiene otra garantía adicional de legitimidad. La deliberación en la esfera pública orienta la participación ciudadana desde y hacia opciones sensibles por la inclusión de la mayoría de los afectados tanto en la diversidad social y cultural como política jurídica<sup>450</sup>.

Si se retoma la propuesta comunicativa-normativa de Habermas –desarrollada en los capítulos precedentes–, se verifica que su propósito no es sólo diseñar un orden normativo-social "sin contradicciones" al que deban acoplarse acríticamente las sociedades, sino buscar conjuntamente consensos mediante principios y reglas de justicia que sirvan para abordar los conflictos de manera razonable y justa, valiéndose para ello de razones y argumentos de la moral, la democracia, la ética y el derecho. En suma, propone un modelo normativo-democrático que ayuda a entender los ‘sinsentidos’ y las acciones estratégicas que dominan el mundo de hoy, a través de acciones comunicativas.

El mecanismo comunicativo y de integración social propuesto por Habermas –su principio discursivo–, es un aporte a la complejidad que, como la colombiana, sólo se ha guiado por acciones instrumentales y de

---

<sup>450</sup> Clare Delap “ Jurados Ciudadanos en el Reino Unido” en *Ciudadanos y decisiones públicas*, Ariel, 2001, Pág. 176.

violencia<sup>451</sup>, generando un alto costo, manifiesto en una violencia generalizada y de sobra conocida<sup>452</sup>. La clave radica en encontrar acuerdos válidos para superar las diversas formas y grados de ejercicio de coacción, así como distintas modalidades para enfrentar el disenso no racional que ha guiado el contexto colombiano. Además, como medida de control ante las múltiples intervenciones de los grupos de poder y del Estado, que han obstaculizado la realización de mecanismos participativos, se hace necesaria una justificación racional que logre equilibrar el poder del Estado y fortalecer su funcionamiento mediante las diversas acciones –demandas– sociales. Parafraseando a Cohen y Arato, se puede decir que las demandas de democratización y conocimiento público de los procesos de negociación, así como la auto-organización de iniciativas y movimientos cívicos, tienen éxito precisamente ahí donde el neo-corporativismo ha cobrado mayor fuerza<sup>453</sup>.

La acción comunicativa y el principio discursivo habermasiano, pueden aportar elementos relevantes para analizar los mecanismos de participación ciudadana inscritos en la constitución del 91, posibilitando concretar y problematizar aquellas condiciones que, en la práctica,

---

<sup>451</sup> Colombia se ha venido polarizado en torno a posiciones amigo-enemigo. Dicha relación parece no encontrar puntos intermedios de solución y son defendidas con iguales acciones estratégicas por las partes comprometidas. Estas dicotomías dejan abiertas varias perspectivas: 1) continuación latente del conflicto sin ninguna posición de diálogo intersubjetivo –camino que parece estar imponiéndose–, 2) asumir la negociación en medio del conflicto armado, pese a que éste se plantee desde posiciones de fuerza y 3) repensar el ordenamiento constitucional como punto de encuentro, donde se incluyan valores y principios inclusivos dialógicos como los postulados en el modelo habermasiano.

<sup>452</sup> Una sociedad erosionada que no encuentra en el derecho, la política o la democracia, los mecanismos de conciliación para abordar la multiplicidad de problemas que se inscriben en la Colombia de Hoy .

<sup>453</sup> Cohen, J y A, Arato, *Sociedad civil y teoría política...*, op.cit., páq. 6.24.



obstaculizan los canales de participación democrática<sup>454</sup>. El principio del discurso, pensado como referente normativo de validez democrática del sistema jurídico, funcionaría como ese punto de encuentro de los acuerdos y consensos de la pluralidad política colombiana. La idea de una participación democrática ciudadana libre de coacciones puede, en todo caso, contener un sentido normativo que transforme las restricciones, distorsiones y bloqueos observables en la Constitución del 91. Siguiendo a Vallespín, se puede decir, que la idea es que el poder administrativo o político no cobre exagerada autonomía respecto de los controles comunicativo-democráticos<sup>455</sup>. Un ejemplo de lo que se trata de argumentar se encuentra en la institucionalización –consensual sin suprimir el disenso<sup>456</sup>–, de una democracia más participativa y de los derechos fundamentales de participación. Comenta Habermas al respecto que en las sociedades complejas, la opinión pública y el Estado democrático constitucional cumplen, en el caso ideal, la función de transformar problemas relevantes para el conjunto de la sociedad en núcleos que cristalizan discursos y que ofrecen a los ciudadanos la oportunidad de referirse a temas semejantes, análogamente ponderados, de modo que puedan tomar posición positiva o negativa en relación con las aportaciones a las discusiones y controversias<sup>457</sup>.

En el contexto de la participación ciudadana que se viene mencionando, bien vale la pena analizar los planteamientos de la Corte Constitucional

---

<sup>454</sup> Esta es una de las tesis que sostiene A. Ely en *Democracia y desconfianza*, Siglo del Hombre Editores, 1997.

<sup>455</sup> Vallespín, F, “Teoría de discurso y acción comunicativa en Jürgen Habermas”, Ramón de Maíz (Ed.), *Teorías políticas contemporáneas*, Tiranch lo Blanch, 2001, pág. 154.

<sup>456</sup> La capacidad de disentir, se ha de expresar como aquellos canales válidos de manifestación de la soberanía popular que permitan medir el grado de aceptación de los derechos fundamentales y las normas introducidas en el texto constitucional y que, puedan ser leídas e interpretadas por el juez constitucional como argumentos relevantes en su propósito de aplicación de las normas constitucionales.

<sup>457</sup> Habermas, J, *Tiempo de transiciones...*, op.cit., pág 128.

colombiana, quien ha dicho en términos parecidos que “en la democracia participativa<sup>458</sup> el pueblo no sólo elige a sus representantes por medio del voto, sino que tiene la posibilidad de intervenir o modificar las leyes que sus representantes en las corporaciones públicas hayan adoptado, ya sea por convocatoria o por su propia iniciativa, y la de revocarle el mandato a quienes han sido elegidos”. –Sentencia C-180/94–. Corrobora lo anterior, cuando mediante la Sentencia C-336/94 expresa que el principio constitucional de la democracia participativa tiene operancia no sólo en el campo de lo estrictamente político (electoral), sino también en lo económico, administrativo, cultural, social, educativo, sindical o gremial del país, y en algunos aspectos de la vida privada de las personas; y su objetivo primordial es el de posibilitar y estimular la intervención de los ciudadanos en actividades relacionadas con la gestión pública y en todos aquellos procesos decisorios incidentes en la vida y en la orientación del Estado y de la sociedad civil. Por tanto, la democracia participativa en la Constitución del 91 se halla ligada, a la soberanía popular y la legitimidad del Estado deriva de ésta.

Si bien los mecanismos de participación ciudadana han sido incorporados recientemente en la Constitución del 91 –eran demasiado restringidos en la anterior Constitución–, hay que reconocer su poca eficacia, autonomía y concreción, tanto en la construcción de espacios democráticos libres e imparciales que aúnen la pluralidad social y política de nuestro país, como la poca posibilidad de filtrar, mediante la deliberación, las

---

<sup>458</sup> Así mismo en la sentencia T 439/92 afirmó: “Los derechos políticos de participación (Const. Pol; art. 40) hacen parte de los derechos fundamentales de la persona humana. El hombre solo adquiere su real dimensión de ser humano mediante el reconocimiento del otro y de su condición inalienable como sujeto igualmente libre. Los derechos de participación en la dirección política de la sociedad constituyen una esfera indispensable para la autodeterminación de la persona (Const. Pol; art. 16), el aseguramiento de la convivencia pacífica y la consecución de un orden justo (Const. Pol; Preámbulo, art. 2).

decisiones de los espacios gubernativos. Así, la poca opinión pública que existe en Colombia es y ha sido manipulada por los partidos políticos, por los medios de comunicación social y por el gobierno para satisfacer sus intereses. Lo expuesto anteriormente posibilita hacerse los siguientes interrogantes ¿Ha permitido el bipartidismo –liberal-conservador– la participación ciudadana como mecanismo real de construcción de espacios democráticos? ¿Da prioridad la Corte Constitucional y el legislador, a los espacios públicos deliberativos en el sentido de fortalecer la *Democracia constitucional deliberativa*? ¿Se ha podido llegar en Colombia a un consenso Constitucional sustentado en un “uso público de la razón”, que tome en serio la urgente realización de los principios democráticos, tanto sustanciales como formales? ¿Cuáles son los impedimentos que existen en la práctica dentro de la Constitución, para que los principios no hayan funcionado como pauta de encuentro a la pluralidad política? ¿Cómo conectar la deliberación con el diseño institucional de la Constitución del 91?

Las implicaciones políticas, jurídicas y sociales, significativas de estas cuestiones, difícilmente pueden ser soslayadas. Por ahora sólo se puede recalcar que, en la participación ciudadana –tema de este capítulo–, no se ha recabado una inclusión fáctica de los excluidos políticamente. Ello ha originado una sociedad apática y endémica ante la participación y ante las demandas sociales que se deben promover. Se suma a esto el problema del conflicto interno<sup>459</sup> y el desplazamiento forzoso de la

---

<sup>459</sup> Es de recordar, que con la instauración del Frente Nacional (1958-1974), se acelera el conflicto en el país y se fortalecen los paraestados, al inicio, como grupos de autodefensa, y luego como organizaciones paraestatales. En los dieciséis años del Frente Nacional, los partidos tradicionales liberal y conservador, se repartieron por mitades la totalidad de los puestos políticos y administrativos, dejando al margen los demás grupos u organizaciones políticas. Se configuró, además, la división amigo/ enemigo, que condenó la sociedad colombiana a estar dividida en dos subculturas, portadoras de dos concepciones opuestas del

población civil, por parte de los grupos armados al margen del Estado, afectando por consiguiente el orden social, jurídico, democrático y económico del país. Esto ha conllevado —entre muchos elementos—, a que la participación ciudadana haya sido escasa, a lo que se suma una representación política ajena a las circunstancias concretas del país y a los problemas de los ciudadanos.

Así las cosas, el pueblo es convocado para encuestas de opinión tangenciales que, en la realidad, no miden sus reacciones e impiden la más mínima participación ciudadana en hechos relevantes para su vida. En tal sentido, la capacidad de decidir de la ciudadanía se limita a la posibilidad de aprobar o rechazar una determinada propuesta que, por lo general, proviene del ejecutivo y en muy pocos casos del legislador. La esperanza puesta en estos mecanismos ha quedado en eso sólo, en esperanzas no cumplidas, ya que las trabas que se le ponen a la participación han impedido su ejecución, relegando el papel de la sociedad civil a mero convidado de piedra y, por consiguiente, difuminándose las posibilidades de control ciudadano sobre el gobierno.

No se le ha asignado a la participación ciudadana un carácter de actor, de protagonista, de sujeto de poder efectivo. Si bien los principios fundamentales de nuestra Constitución se expresan, entre otros, en

---

orden social, y bajo este espectro de dominación —lo amigo-enemigo—, se convierte en fundamento de lo político. Daniel Pécaut advierte al respecto que “Colombia es uno de los pocos países de América latina que no reconoció los momentos fundadores producidos por las movilizaciones populistas o nacionalistas. Ante la ausencia de una fase durante la cual el “pueblo” hubiera sido convocado y la imagen de una unidad nacional hubiera adquirido alguna consistencia, no hay razón para asombrarse de que el estado haya tenido un papel limitado en la regulación de las relaciones sociales, que la escena política haya estado constantemente fragmentada y que la “ley”, lejos de tener una significación instituyente, haya sido prohibida pura y simplemente como el producto de transacciones fluidas y precarias, que en la práctica han hecho posible, todo tipo de acomodos y transgresiones”. Ver Pécaut, Daniel. *Violencia y política en Colombia. Elementos de reflexión*. Medellín: Hombre Nuevo Editorial. Facultad de ciencias sociales y Económicas, Universidad del Valle, 2003, p. 18.

derechos de participación política, soberanía popular y de derechos fundamentales, los cuales constituyen uno de los núcleos centrales del proceso democrático deliberativo–participativo en nuestro ordenamiento, se puede comprobar que en realidad éstos no han sido sino plasmaciones formales y con muy poca practicidad.

Quizás sea conveniente realizar un análisis más detallado de las cuestiones anteriormente mencionadas, en especial de aquellos marcos de orden analítico y teórico que permitan relacionar el mecanismo de participación ciudadana con la Constitución del 91.

### **3. La Constitución del 91 y sus mecanismos de participación ciudadana.**

Tipológicamente, la Constitución de 1991 forma parte de la familia de constituciones que comienzan a ser adoptadas tras la segunda posguerra: la Constitución italiana de 1948, la alemana de 1949 y la española de 1978, las cuales configuran un modelo de Estado Social de Derecho, presidido por principios democráticos, participativos y pluralistas de Estado Constitucional de Derecho, que reconoce la supremacía constitucional como fuente de legitimación de la totalidad de las actuaciones de los poderes públicos y en cuya garantía se ha instituido una jurisdicción constitucional.

Tras la segunda guerra mundial, se producen importantes transformaciones en los ordenamientos jurídicos y políticos. Mientras en el siglo XIX y hasta la segunda posguerra en la Europa continental las constituciones son ante todo normas habilitantes de los poderes públicos, cuya tarea legitimadora se agota en la promulgación de la ley,

en el constitucionalismo contemporáneo los principios, valores y derechos fundamentales gozan de una vocación práctica mucho mayor, facilitada por el hecho de poseer validez social y garantía jurídica. Ante tales exigencias, los principios, valores y derechos fundamentales superan el espectro pragmático para imprimir toda su carga axiológica a las propias prácticas jurídicas y políticas; ésta es una de las razones por las cuales las constituciones modernas pueden entenderse como dispositivos institucionales que simbolizan la capacidad autoconstructiva y de autodeterminación de un determinado grupo social. De allí que, tras el nuevo modelo de Estado Constitucional democrático, éste se haya vuelto central en la vida política y social de los estados modernos.

Una concepción constitucional, dada mediante estos referentes sociales intersubjetivos inclusivos, debería posibilitar la superación de la crisis de legitimidad formal, mera legalidad, sola validez procedimental y carencia de cohesión social, existentes en las instituciones colombianas. Es en este sentido con el cual debe entenderse la expresión de Zagrebelsky cuando afirma: la constitución debe ser un proyecto abierto, que propicie una *convivencia dúctil*, respetuosa de la pluralidad.

Con el propósito de asimilar lo anterior como un nuevo derrotero para seguir y, ante las dificultades de legitimación del Estado<sup>460</sup>, de

---

<sup>460</sup> La presencia del Estado no se practica en las regiones en donde los para-estados logran ejercer control, lo cual da la sensación de que son territorios “sin dios y sin ley”, de hecho porque no hay ninguna mediación que dirima los conflictos y organice la sociedad en pos de núcleos de convivencia ciudadana. Estos se configuran como redes de poder, instaurados en dichas regiones. Allí el soberano puede fácilmente ser reemplazado, y en este caso, los para-estados pueden tomar el lugar del Estado e ‘instaurar’ allí un nuevo ‘orden’. Los hechos hacen que en una situación de extrema violencia y de extrema atomización de los sujetos, producto de la violencia, el único criterio de supervivencia sea el del individualismo utilitarista que hace lo necesario para preservar sus intereses y vida.

La competencia de los para-estados por los recursos es una de las principales razones de la guerra actual en Colombia. Aplicada la teoría de juegos, los para-estados causantes del

descomposición social y política, por razones de la violencia, la corrupción, el clientelismo y el bipartidismo, que amenazaban contundentemente la institucionalidad del país, al filo del decenio del ochenta se fue gestando una idea ‘esperanzadora’ que trataba de resolver gran parte de nuestros problemas y diferencias sociales –uno de los primeros intentos se comenzó a dar con los procesos de reinserción de guerrillas y grupos armados como el M-19, el EPL, el PRT y el Quintín Lame–, mediante una reforma constitucional. Esta idea comenzó a ser impulsada en los círculos académicos universitarios y en la clase alta –movimiento Séptima Papeleta (jóvenes universitarios)–, así como entre los partidos y movimientos políticos, aún en contra de varios antecedentes de intentos fallidos en 1977 y 1979.

Con estos antecedentes nace la Constitución Política de la República de Colombia, aprobada en 1991 por una Asamblea Nacional Constituyente, que en su Título IV se proclama como participativa y democrática. Se establecen allí, formalmente, los mecanismos participativos y la manera de ejercer la soberanía popular. Se procuraba, mediante la Constitución supradicha, expresar los principios y normas más heterogéneos, así como caracterizar la pluralidad social e intentar proyectar marcos generales de convivencia. El principio de participación ciudadana, inscrito en la Constitución del 91, implicaba quiebras estructurales que intentaban romper con la tradición<sup>461</sup>.

---

conflicto, participan subrepticamente en el juego del dilema del prisionero, en el cual la defección antes que la cooperación, ha sido el principio constante de los actores. Lo más cruel, en la realidad que se presenta en el entorno de los paraestados en Colombia, consiste en el imaginario que existe al interior de cada uno de ellos: *el creer que mediante la violencia se logrará la paz*. Ibíd, Pécaut, Daniel. *Violencia y política en Colombia. Elementos de reflexión*. Pág. 95.

<sup>461</sup> “La historia colombiana ha sido una práctica de reformas mediante cambios constitucionales. Se remontan, por lo menos, a los inicios de la vida republicana: quince constituciones nacionales entre 1811 y 1886, y sesenta y siete reformas entre 1886 y 1986, alternadas con once guerras civiles nacionales de 1811 a 1958, además de los innumerables

La Constitución Política del 91 intentó integrar los disímiles principios rectores –valores y principios siguiendo en ello la Constitución Española–, tales como: la democracia participativa, el estado social de derecho, el pluralismo, la soberanía popular, reconocimiento de la diversidad étnica, un acentuado carácter valorativo y pluralista, entre otros; retomó igualmente ideas liberales individuales que defienden los derechos humanos. Estas ideas se expanden prontamente –influyendo progresivamente sobre la deslegitimación de modelos autoritarios<sup>462</sup> que habían dejado de lado las tendencias modernas de expandir los mecanismos de democracia directa o representativa según fuera el caso–, hacia el intento de fortalecer nuevos espacios democráticos, de cambiar y reestructurar el papel de jerarquía del Estado como punto del que parte todo, hacia la gestación embrionaria de la sociedad civil, de intentar más altos grados de participación ciudadana, de mayores controles para el ejecutivo y legislativo, etc. Esto se puede percibir claramente en el art. 1 de la Constitución del 91, cuando afirma: “Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática participativa y pluralista...”.

Estos derroteros democráticos establecidos en la Constitución del 91, perfilan nuevas opciones por intentar garantizar, desde su marco jurídico, político y social, nuevos espacios de participación ciudadana

---

alzamientos parciales, la cruenta época de La Violencia de finales de los años cuarenta a comienzos de los sesenta, y el desarrollo de la insurgencia guerrillera y las actividades de contrainsurgencia desde entonces.. " . Gallón, Gustavo, *Guerra y constituyente*. Bogotá, Comisión Andina de Juristas, 1991, p.1.

<sup>462</sup> O'Donnell, Guillermo, *Sobre el Estado burocrático-autoritario de 1972*, Buenos Aires. Paidós, 1972. Esto se percibe en el paso de los regímenes totalitarios hacia la consolidación de los espacios democráticos en América latina.



más efectivos y eficaces que los presentados por la Constitución anterior<sup>463</sup> –la Constitución de 1886 no consagraba ningún mecanismo de participación ciudadana, a excepción del voto. La Iniciativa Popular Legislativa estaba reservada al legislador y al ejecutivo–, por lo cual la vigencia de la nueva Constitución debía centrarse en la eficaz intervención de los ciudadanos en el orden social, jurídico, ético y político, tendiendo a fomentar una cultura democrática más pluralista y participativa. La participación ciudadana<sup>464</sup> implicaba, sobre todo,

---

<sup>463</sup> De acuerdo a la Sentencia T-383/93, “el tránsito de una democracia representativa a una participativa significa abandonar un sistema político y social restringido a la elección de los representantes del electorado y adoptar un nuevo modelo que incorpora junto a los mecanismos tradicionales, instituciones de democracia directa –plebiscito, referéndum, iniciativa popular, revocatoria del mandato, cabildo abierto, etc.–, y de participación en las decisiones que afectan a todos en la vida económica, política, administrativa y cultural de la nación. A diferencia de la anterior Constitución de 1886, la Constitución de 1991 hace residir la soberanía en el pueblo, fuente del poder público. La elección directa del mayor número de gobernantes, el derecho de petición, la creación de juntas administradoras locales y regionales, los jueces de paz, son otras manifestaciones del ideario participativo que informa gran cantidad de preceptos constitucionales y que erige al pueblo y a los miembros de la comunidad en sujetos activos del proceso político y de la vida social en sus múltiples facetas”.

<sup>464</sup> La Corte Constitucional no ha logrado dimensionar los efectos positivos que representan los espacios públicos de deliberación como una posibilidad concreta de reconstruir lazos sociales resquebrajados por tanta violencia. El reconocimiento de la pluralidad debía ser el resultante de la integración entre la cultura mayoritaria y la diversidad ética, de un lado, y del otro, la posibilidad de incluir dentro de este gran acuerdo –consenso en términos habermasianos–, los diversos problemas sociales, políticos, económicos y religiosos que nos ha habitado por mucho tiempo. Ello se puede percibir en las pocas sentencias que han facilitado el acceso a la participación ciudadana real y efectiva. Sin embargo, no todo es negativo en el papel pedagógico que la Corte ha realizado durante estos años, contribuyendo, sin duda, a concientizar a los colombianos sobre sus derechos. Veamos algunos ejemplos notorios en cuanto a garantía de derechos fundamentales:

1. En materia económica, la Corte terminó con la UPAC y fijó las reglas para que el Congreso legislara sobre este espinoso tema. Para el magistrado Beltrán Sierra, no es posible que con un sistema distorsionado como el UPAC se llevara a los colombianos a sacrificar sus ahorros, entregar sus viviendas, y, luego, dejar que eso se acomodara al orden justo. De esta discusión surge la Ley-Marco de Vivienda 546 de 1999.
2. Le dio valor al sueldo de los empleados oficiales y ordenó actualizarlo con base en la inflación, sobre la tesis de la movilidad salarial.
3. Ha permitido que los homosexuales pudieran dictar clases en los colegios, a partir de 1998.
4. En 1998 ordenó a las empresas de medicina prepagada atender a los pacientes con enfermedades críticas, como sida y cáncer.
5. Ha defendido la libertad de culto en las comunidades indígenas, y bajo el derecho del libre desarrollo de la personalidad permitió que los jóvenes pudieran usar el cabello largo en los colegios.

trasladar cuotas de poder del centro a los ámbitos diferenciados. La importancia de la participación ciudadana consistía en la posibilidad de poder influir en la toma y ejecución de las principales decisiones que afectaban a la comunidad.

El constituyente del 1991 entendió la inmensa posibilidad creciente de expandir las fronteras de la participación ciudadana en una doble dimensión: participativo y representativo, lo cual implicaba, a tenor de la Constitución, que la soberanía sería ejercida por el pueblo. Se pretendía, ante todo, darle una nueva consolidación a la participación ciudadana en aras de redundar en una mayor legitimidad de la propia democracia representativa y por qué no, en una complementación entre ambas, de manera que en el cuerpo legislativo y judicial<sup>465</sup> tuvieran más en cuenta a los ciudadanos a la hora de tomar decisiones. Esto es, que los órganos del Estado habrían de tener presente a los ciudadanos en las decisiones que les afectan según el art. 2 de la Const. Pol. Interpretado lo anterior en términos habermasianos, podemos decir, que la práctica de la autodeterminación de los ciudadanos se concibe como un proceso duradero de realización y configuración progresiva de los derechos de participación, en tanto soberanía popular que se hace valer dentro de la idea del Estado democrático de derecho.

---

6. En la sentencia T- 523/ 97, la Corte Constitucional ha favorecido la pluralidad étnica al defender los derechos de las minorías, así como a autoaplicar penas a los miembros de esa comunidad. Art. 330 Const. Pol.

<sup>465</sup> El mecanismo de dar razones, entendido éste como un principio de argumentación universal y, por ende, como requisito la racionalidad de las decisiones judiciales, se convierte de una u otra manera en sustento de legitimidad de la justicia constitucional, en el sentido de que es este mecanismo el que permite el control de la opinión pública sobre la corrección de las sentencias judiciales. Este diálogo, necesario entre los tribunales constitucionales y los espacios de participación ciudadana, posibilita nuevos espacios democráticos. La Corte Constitucional retoma, por consiguiente, la idea que la Constitución debe ser asumida como un proceso abierto y plural, y en esto, los integrantes de la Corte Constitucional, cuando ejercen oposición mediante salvamento de voto, abren espacios de discusión en aras de proteger derechos no garantizados o problematizados en la sentencia o en instancias anteriores.

Si bien los espacios públicos deben estar abiertos a todos los ciudadanos, también se hace necesario la vinculación y aceptación a las normas jurídicas a las decisiones vinculantes de las instancias que aplican derecho y es “de este hecho de donde nace la necesidad conceptual de distinguir entre el papel de los autores, que hacen y enuncian el derecho, y el papel de los destinatarios sometidos al derecho vigente”<sup>466</sup>. Desde este contexto se debe entender el propósito del constituyente del 1991, quien revisó e invirtió los diferentes principios estructurales de la Constitución de 1886. En contra de su acentuado carácter representativo y centralista, se adoptó un modelo de democracia dual o mixto que involucra la democracia participativa, al tenor del artículo 3º, conforme al cual el pueblo es la fuente de soberanía de quien emana el poder público y que es ejercida de manera directa o por medio de sus representantes en los términos que la Constitución establece y en el que el voto se ejerce ya no como mera función constitucional en los términos del artículo 179 de la Constitución anterior, sino como derecho-deber.

La actual Constitución del 91 permitió que las organizaciones sociales se manifiesten y participen en certámenes políticos (Art. 107, inc. 2º) y le reconoció status jurídico a la oposición (Art. 112). Así, desde el preámbulo y el artículo 1º estableció principios progresistas en relación con el ejercicio del poder público y con el orden que se quiso inaugurar. El artículo 2º consagra como fines esenciales del Estado el servicio a la comunidad, la promoción de la prosperidad general y la garantía de la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, la facilitación de la participación de todos en las decisiones

---

<sup>466</sup> Habermas, J, *Tiempo de transiciones*, ..., op. cit., pág. 160.

que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la nación.

Los Constituyentes vislumbraron en los mecanismos de participación ciudadana una posibilidad real de reintroducir, redimensionar y ampliar nuevos canales deliberativos en la Constitución del 91. Pero, como afirma Luis Carlos Sáchica Aponte, “para ser francos, la nueva Constitución no aumentó el poder popular. Logró simular la participación y encubrir las gastadas estructuras de los poderes tradicionales. Una vez más, el reformismo constitucional sigue siendo una buena estrategia para que nadie cambie, aparentando el cambio”<sup>467</sup>. Se coloca en entredicho, según este autor, la aspiración de una constitución “democrática, pluralista y participativa”. A lo anterior hay que agregarle que la participación democrática en Colombia ha estado interferida por el narcotráfico y el poder que sobre ella ejercen los grupos armados, quienes filtran y trastocan cualquier intento de búsqueda de participación de los ciudadanos en la vida pública. Pero, ¿se habrá materializado la participación ciudadana como una nueva asunción de construcción y actuación de lo público? La realidad demuestra lo contrario; son pocas las transformaciones que ha conseguido realizar y materializar el proyecto constitucional en lo atinente a la participación, en los ya quince años de haber entrado en vigencia.

La perspectiva anterior es interpretada por María Teresa Uribe cuando menciona: “hemos visto cómo, la movilización y la participación, pensadas siempre como un recurso democratizador por excelencia,

---

<sup>467</sup> Sáchica Aponte, Luis “El Poder Popular en la Constitución de 1991”. En Revista *Academia Colombiana de Jurisprudencia*. No. 319, santa Fe de Bogotá. P.48

parecen poder coexistir –sin mayores tensiones– con propuestas autoritarias esencialmente violentas y orientadas a producir terror, como es el caso del paramilitarismo en varias regiones del país: Urabá, el Magdalena Medio, el sur de Bolívar, y extensas zonas urbanas como es el caso de Medellín. Las promesas incumplidas de la participación e incluso las perversidades y las perplejidades que suscita, no pueden cargársele como fallas e inconsecuencias a esta forma de acción política (la participación) o a sus supuestas o reales debilidades normativas, pues en un contexto de guerra y de creciente hostilidad, el devenir de la democracia participativa queda atrapado en la dinámica del conflicto armado y más aún si se trata de un conflicto tan fluido, cambiante y móvil como el colombiano<sup>468</sup>.

En este contexto, los mecanismos democráticos quedan algunas veces fuera del registro de la guerra, pero por lo general conviven con la acción armada: guerra y participación conviven en una relación no muy armónica, llevando la peor parte la segunda a expensas de la primera. Lo cierto es que bajo las condiciones de violencia, se bloquea la comunicación, los espacios democráticos, el consenso y los pocos acuerdos institucionales que se hayan podido construir. En esta perspectiva son ilustrativas las palabras de Habermas cuando dice que: “la espiral de la violencia comienza con una espiral de la comunicación perturbada que conduce a la interrupción de la comunicación, ahora bien: cuando la violencia comienza con perturbaciones en la comunicación, se puede saber que fue lo que resultó mal y que es lo que debe ser reparado después de que ella ha estallado”<sup>469</sup>.

---

<sup>468</sup> Uribe María Teresa : «Las promesas incumplidas de la democracia participativa», en *Diez años de la Constitución colombiana. Seminario de Evaluación*, Bogotá: UNAL, ILSA, 2001.

<sup>469</sup> Habermas, J, entrevista con Giovanna Borradori, en *La filosofía en una época del terror...*, op.cit., pág. 67.

Esta espiral de la violencia ha llevado en el contexto colombiano a la despartenencia por lo “político” y por las instituciones del Estado, acentuándose notoriamente con el fenómeno de la violencia, que se traduce en la falta de legitimidad del Estado<sup>470</sup>, en el monopolio de la fuerza por parte de los denominados “para-estados”, en la poca participación ciudadana por la cooptación que ejercen los diversos actores del conflicto armado, lo que aleja todos los medios de participación. Lo anterior se traduce en una participación fragmentada-distorsionada que reduce ostensiblemente cualquier intento de fortalecimiento del espacio público como mecanismo deliberativo. En consecuencia, y ligados a lo anterior, los mecanismos de participación ciudadana encuentran obstáculos en la Ley para hacerla efectiva, como es el de los altos porcentajes para presentar una iniciativa popular legislativa, referendos, consultas populares, cabildos abiertos, etc.

Las anteriores afirmaciones han de analizarse con más detalle, por lo que a continuación se realizará un análisis detallado de los mecanismos de participación ciudadana, a modo de corroborar las anteriores afirmaciones.

#### **4. Mecanismos regulados por medio de la Ley Estatutaria sobre Participación ciudadana. Ley 134 de 1994.**

---

<sup>470</sup> Al observar el mapa de la violencia en Colombia, es posible detectar que todo está mezclado: el narcotráfico está en todas partes, inclusive, no existe estrato social que esté al margen de la inyección económica y corrupción social que este flagelo les pueda ofrecer, las guerrillas poseen territorios definidos en toda la geografía del país, los paramilitares ejercen dominio en gran parte de los departamentos, en especial la costa norte y el Urabá antioqueño. Lo anterior significa que son muy pocas las posibilidades de que se produzcan cambios inmediatos.

Cuadro Nro. 1

<b><i>Disposiciones constitucionales de la Constitución Política que establecen mecanismos de Participación ciudadana</i></b>	
Art. 40,	Elegir y ser elegido, tomar parte en elecciones, referendo, plebiscitos, revocatoria del mandato, Iniciativa Popular legislativa y normativa (IPL)
103	Referendo, plebiscitos, IPL, revocatoria del mandato, la consulta popular, cabildo abierto.
106	Iniciativa popular legislativa y normativa. El 5% de los Ciudadanos pueden presentar proyectos de acto legislativo o de iniciativas normativas.
170	10% de los ciudadanos pueden proponer la derogación de leyes mediante referendo.
155	5% de los ciudadanos pueden proponer leyes de reforma constitucional ante los organismos competentes.
375	5% de los ciudadanos puede proponer una Reforma Constitucional. También el 20% de los concejales y/o Diputados del país.
377	Por iniciativa del gobierno o de los ciudadanos, el Congreso podrá someter a referendo un proyecto de reforma constitucional
378	El congreso y el presidente pueden someter a plebiscito, reformas constitucionales.

En relación con la participación ciudadana, el constituyente de 1991 estableció los siguientes mecanismos: el voto, el plebiscito, el referendo, la consulta popular, la iniciativa legislativa, la revocatoria del mandato y el cabildo abierto (Art. 103). En el segundo inciso de este artículo, se le

da un elevado protagonismo a la sociedad civil en relación con el ejercicio del poder público, pues se le ordena al Estado contribuir a la organización, promoción y capacitación de las asociaciones profesionales, cívicas, sindicales, comunitarias, juveniles, benéficas o de utilidad común no gubernamentales, sin detrimento de su autonomía, con el objeto de que constituyan mecanismos de representación en las diferentes instancias de participación, concertación, control y vigilancia de la gestión pública que se establezcan. Sin embargo, un estudio realizado por el PNUD, en cuanto a la promoción de los mecanismos democráticos de participación ciudadana en Colombia, demuestra lo contrario. “El país no cuenta con información suficiente que nos permita evaluar los resultados obtenidos con la aplicación concreta de los numerosos mecanismos de participación ciudadana previstos en las normas. La mayoría de las entidades públicas del orden nacional responsables de la orientación en la implementación de los mecanismos y del seguimiento y evaluación de las políticas de participación, o bien no han cumplido estas tareas, o lo han hecho esporádicamente y de manera parcial. Esto se deduce luego de las visitas efectuadas por *Transparencia por Colombia* a varias entidades del orden nacional<sup>471</sup>.”

El siguiente cuadro ofrece una idea generalizada con relación al bajo conocimiento que la ciudadanía tiene de los mecanismos de participación ciudadana.

---

<sup>471</sup> Departamento Nacional de Planeación DNP, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo PNUD, Agencia Colombiana de Cooperación Internacional ACCI, Agencia Alemana de Cooperación GTZ, y Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo FONADE. *Evaluación de la descentralización municipal en Colombia: balance de una década*. Bogotá, 2002. El universo del estudio fue el conjunto de municipios del país. Se aplicó una muestra representativa para el país de 148 municipios de diferentes tamaños y regiones. El proyecto se realizó entre enero del 2000 y octubre del 2001.



Cuadro nro. 2

<b>Mecanismos de participación democrática en la Constitución del 91.</b>	<b>Conocimiento Por parte de la ciudadanía<sup>472</sup>. %</b>
Tutela	45.9
Plebiscito	18.2
Revocatoria del mandato	18.0
Veedurías ciudadanas	25.2
Cabildo abierto	10.0
Referendo	38.5
El voto	79.3

Tanta importancia le dio el constituyente de 1991 a la participación ciudadana, a los partidos políticos, a los movimientos y organizaciones sociales y al estatuto de la oposición, que ordenó que fueran reguladas mediante ley estatutaria<sup>473</sup> y estableció una cierta condición de reforzamiento para prevenir su reforma de manera arbitraria. De esta forma el artículo 40 de la Const. Pol., se plasma y desarrolla como derecho fundamental. –En materia de derechos fundamentales la utilización de la reserva de ley estatutaria puede entenderse como la justificación y garantía reforzada que les protege, defiende y asegura en

<sup>472</sup> Transparencia por Colombia. *Para fortalecer el control ciudadano en Colombia: Estudio sobre la figura de la Veeduría Ciudadana en Colombia*. Colección Cuadernos de Transparencia. Cuaderno No. 2. Bogotá, Julio-Octubre de 2000.

<sup>473</sup> Las leyes estatutarias requieren para su aprobación de la mayoría absoluta de los miembros de las cámaras y del control previo favorable de parte de la Corte Constitucional; mediante ellas se regulan, además de la participación ciudadana, el estatuto de la oposición, las funciones electorales, los derechos fundamentales, deberes y garantías constitucionales, la administración de justicia y los estados de excepción.

mayor grado posible contra la irrupción de las mayorías o minorías que pretendan conculcarlos. Presentan un núcleo esencial<sup>474</sup> o ámbito intangible que les diferencia de los demás derechos—. Ha dicho la Corte Constitucional mediante la sentencia C-566/93 que las leyes estatutarias sobre derechos fundamentales tienen por objeto desarrollarlos y complementarlos. Por consiguiente, los mecanismos de participación ciudadana han sido desarrollados mediante la Ley Estatutaria 134 de 1994 conforme a los Art. 152, 153 y 241 de la C.P.

Dentro del trámite para la aprobación, modificación o derogación de Leyes Estatutarias, se requiere, según el artículo 153, la integración de la mayoría absoluta del Congreso; darse su trámite en una sola legislatura y tener control previo por parte del Tribunal Constitucional. —Sentencia C-011/94—. Como bien lo ha mencionado la Corte Constitucional<sup>475</sup>, con la introducción de estas leyes en la Constitución Política, se trato de crear una estructura legal adecuada para “Regular algunas materias a las que se pretendía dar mayor estabilidad y protección”, en comparación con las leyes ordinarias.

Es de anotar que, en el campo funcional y pese a los esfuerzos de la Corte Constitucional, del constituyente primario y de otros agentes, muchos de los mecanismos de participación ciudadana no han sido puestos en marcha por los propios actores de la democracia: los ciudadanos; y aunque en la Constitución y en la Ley 134 de 1994, están enunciados dichos mecanismos, su concreción y eficacia han resultado de difícil aplicación. En realidad, esta Ley intentó desarrollar los mecanismos de participación ciudadana desde un mero ideal; los

<sup>474</sup> Ver. Sentencias C- 226/94, C-252/94, C-251/98 Salvamento de Voto a la Sentencia C-301/93.

<sup>475</sup> Ver. Sentencias C- 013/93, C-031/93, C-313/94, C-425/94, C-448/97 y C-570/97.

excesivos trámites necesarios para hacer realidad uno de estos mecanismos tienden a hacerlo inviable. El ciudadano que ve vulnerado un derecho por medio de una ley no cuenta con instrumentos necesarios para accionar tal mecanismo de ejercer su derecho de participar en su derogatoria, para proponer una iniciativa popular o solicitar la revocatoria de un alcalde o gobernador. Las carencias educativas, económicas y de cultura político-jurídica, impiden aún más hacer efectivo este mecanismo<sup>476</sup>. Como afirma Orlando Fals Borda: “En la Ley 134, los congresistas aprovecharon para poner reglas duras y complicadas que limitan el derecho de fiscalización e implementación. La revocatoria del mandato, que es un mecanismo propio de sujetos que toman decisiones, se torna en la realidad ineficaz por las trabas establecidas para llevar a cabo tal acción”<sup>477</sup>.

La Ley 134 de 1994, reglamentó algunos de estos mecanismos:

***A) Iniciativa Popular Legislativa y Normativa.***

**Cuadro No. 3**

**Legislación y jurisprudencia de los mecanismos de participación ciudadana.**

---

<sup>476</sup> Uno de los principales problemas es la falta de conocimiento que tiene la ciudadanía acerca de los mecanismos de participación ciudadana. Según Nubia Urueña, la acción de tutela es el mecanismo mas conocido con un 47.9%, le siguen en orden descendente la denuncia ciudadana con un 6.8%, la Acción popular con un 5.4%, Acción de cumplimiento 4.6%, Voto en elecciones 36.7%, Veeduría ciudadana 2.3%, Derecho de petición 2.3%. Audiencia pública 1,6%, Acción de nulidad 0.9%, Revocatoria del mandato 0.7%, y por ultimo están el Cabildo abierto con 10%, el Referendo 17% y Plebiscito con el 0.3%. Seminario sobre participación ciudadana, Medellín, 1999.

<sup>477</sup> Fals Borda, O, “La participación popular en Colombia”, en Revista *Análisis Político*, 1996, pág. 71.

(Art. 40, 103, 106 y 155, 170, 375, 376, 377, 378 de la C.P)	Legislación Ley 130 de 1994, 134 de 1994, 36 de 1994, 278 de 1996, 741 de 2002
Jurisprudencia	T – 496 de 1992, - 545 de 1992, T- 418 de 1993, C – 542 de 1993, C – 011 de 1994 , C – 264 de 1994, C – 089 de 1994, C – 080 de 1994, T-446 de 1994, T –111 de 1995, C – 497 de 1995, C – 021 de 1996, T – 237 de 1996 , C – 443 de 1996, C – 484 de 1996, C- 179 de 2002.

La iniciativa popular legislativa y normativa (IPL) tiene sus orígenes en las teorías revolucionarias de la revolución francesa que pretendía, desde las ideas de Rousseau, vincular en ciertos casos la ley como expresión real de la voluntad popular con la misma comunidad que emite esta manifestación. En la Constitución colombiana el artículo 40 se presenta como un derecho fundamental de aplicación inmediata con capacidad de poder accionarse en cualquier momento ante las diversas corporaciones públicas –derecho político fundamental de origen constitucional–. Se ejerce por todo ciudadano como mecanismo para poder participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. La (IPL) tiene como función que un grupo de ciudadanos presenten proyectos ante las respectivas entidades como el Congreso, la Asamblea Departamental, el Concejo Municipal y las Juntas Administradoras Locales, según sea el caso. La IPL, como procedimiento, consiste en recoger, en el plazo de 6 meses, el 5 por

mil para la inscripción del proyecto en la Registraduría, posteriormente se debe recoger el 5% de las firmas del censo electoral vigente para presentar proyectos de ley o de reforma constitucional por parte de los ciudadanos o por el 30% de los diputados o concejales del país. (Art. 155 Cons. Pol).

Como estipula la ley, el proyecto podrá ser negado por el conjunto de ambas cámaras en segundo debate, siempre y cuando hayan persistido diferencias. Cuando surgieren discrepancias en las Cámaras respecto de un proyecto, ambas integrarán comisiones de conciliadores conformadas por un mismo número de Senadores y Representantes, quienes reunidos conjuntamente, procurarán conciliar los textos, y en caso de no ser posible, los definirán por mayoría. Previa publicación por lo menos con un día de anticipación, el texto escogido se someterá a debate y aprobación de las respectivas plenarias. Si después de la repetición del segundo debate persiste la diferencia, se considera negado el proyecto Art. 161 Const. Pol<sup>478</sup>. Esta limitante de orden legal afecta notoriamente la posibilidad misma de la participación ciudadana y, aunque fue declarada exequible por la Corte Constitucional, no se adecua al principio de funcionamiento estatal que establece la participación ciudadana activa de todos en las decisiones que los afecten.

*Proyectos que pueden ser presentados por medio de las IPL:*

---

<sup>478</sup> ¿Debe existir entonces igualdad y homogeneidad entre quien y por qué en la propuesta para poder ser aprobada? Es de anotar que éste artículo es producto del acto legislativo 01 de 2003, y que en lo fundamental no afecta al artículo anterior. Cabe aclarar que la aplicación de la Iniciativa Popular Legislativa solo ha prosperado en una ocasión: en 1992 promovida por la Fundación País Libre que condujo a la expedición de la Ley Antisecuestro.

1. De acuerdo con la Ley 134, se pueden presentar proyectos de ley en primera instancia ante el legislador. Estos proyectos pueden: modificar o crear una nueva normatividad de actos legislativos que modifiquen la Constitución, tales como la ampliación de los derechos políticos u otros, tener iniciativa para derogar o modificar leyes como las reglamentarias de derechos políticos o para tratar temas que requieren reglamentación como la participación ciudadana y en general los que indica el art. 150 de la Constitución política.
2. Los habitantes de las entidades territoriales podrán presentar proyectos sobre asuntos que son de competencia de la respectiva corporación pública. Para ello se necesita inscribir el proyecto, con el 5% de las firmas de los ciudadanos inscritos en el respectivo censo electoral. Art 106 C. P.

El artículo 29 de la Ley Estatutaria de Participación Ciudadana (Ley 134 de 1994), prohíbe que se presenten proyectos de normas que sean de competencia exclusiva del presidente, de los gobernadores, los alcaldes, es decir, en materias económicas, de conformidad con los artículos 154, 300, 315, 322 y 336 de la Constitución. También quedan fuera de iniciativa popular las materias presupuestales, fiscales o tributarias, la concesión de amnistías o indultos, y la preservación y restablecimiento del orden público. Tal disposición fue declarada exequible sin más por la Corte Constitucional sin que resulte clara su prohibición constitucional o la competencia discrecional del Congreso en la regulación de este mecanismo. Esto causa perplejidad, ya que no se tiene en cuenta al ciudadano para aquellas decisiones cardinales como es el desarrollo de su comunidad; lo que lleva a que el preámbulo de nuestra Constitución se vea ostensiblemente recortado y maniatado por las continuas

cortapisas a que es sometido ¿No queda de esta manera demasiado restringida la IPL?

*Requisitos exigidos a los promotores de la iniciativa normativa (art. 10 de la Ley 134)*

De acuerdo con éstos, puede ser una persona o grupo de personas que no representen una organización política o social; debe ser ciudadano en ejercicio y contar con el respaldo del 5 por mil de los ciudadanos inscritos en el censo electoral nacional, los departamentos, municipios o para las JAL<sup>479</sup> (Juntas Administradoras Locales). Si es una organización cívica, gremial, indígena o comunal, un partido o movimiento político, debe anexarse el mismo número de respaldos. Establece la Ley 134 que si el promotor es un grupo de ciudadanos, deberán constituir un Comité de 9 miembros que elegirá un Vocero que será quien tramite dicho proyecto ante la entidad competente, deberá inscribirse ante la Registraduría del Estado Civil que corresponda (art. 11,12). Si el que promueve el proyecto es la misma organización, partido o movimiento, el Comité podrá estar integrado por sus directivas o por las personas que ellas designen. Si la iniciativa surge de un grupo de concejales o diputados, de acuerdo con la Constitución (art. 155 y 375), este grupo no puede ser inferior al 30% de diputados o concejales para proyectos de Ley y 20% para proyectos de Acto Legislativo.

---

<sup>479</sup> Con relación a las JAL, la Constitución Política establece en el artículo 318 las siguientes funciones:

1. Participar en la elaboración de los planes y programas municipales de desarrollo económico y social y de obras públicas.
2. Vigilar y controlar la prestación de los servicios municipales en su comuna o corregimiento y las inversiones que se realicen con recursos públicos.
3. Formular propuestas de inversión ante autoridades nacionales, departamentales y municipales encargadas de la elaboración de los respectivos planes de inversión.
4. Distribuir las partidas globales que les asigne el presupuesto municipal.
5. Ejercer las funciones que les delegue el Concejo y otras autoridades locales”.

Los promotores integrarán un Comité de cinco miembros que elegirán su vocero. Es de anotar que, en este caso, no se requiere de la recolección de firmas para sustentar el proyecto, pues la Ley establece los porcentajes como se señaló anteriormente.

*Contenido de la Iniciativa popular Legislativa y normativa (art. 12)*

Toda iniciativa debe tener los siguientes apartes:

1. Un título que resuma la esencia del contenido.
2. La exposición de motivos de la iniciativa.
3. El proyecto de articulado. Este articulado debe tener correspondencia con los motivos expuestos.

*¿Qué trámite sigue la propuesta en la Corporación respectiva? (art. 31)*

Para el trámite se deberá tener en cuenta las siguientes reglas: Si se trata de un proyecto de Ley, se estudiará en primer debate conjuntamente por las respectivas comisiones de Cámara y Senado. Las plenarias decidirán, en un plazo máximo de 30 días, teniendo en cuenta que debe tramitarse máximo en dos legislaturas, excepto los proyectos de leyes estatutarias que deben tramitarse en una sola legislatura o período ordinario de sesiones del Congreso. Si es un proyecto de Acto legislativo, se estudiará en dos períodos ordinarios y consecutivos. En el primer período deberá ser aprobado por la mayoría de los asistentes y en el segundo por la mayoría de los miembros de cada cámara. Si es un proyecto de Ordenanza, Acuerdo o Resolución, se seguirá el trámite previsto en el reglamento de la Asamblea, Concejo o Junta Administradora Local, aplicando el trámite de recurso de urgencia que



en él se encuentre establecido<sup>480</sup>. El vocero que deberá haber dejado inscrita su dirección y la de los promotores, será citado y oído en todas las sesiones y etapas de trámite del proyecto y podrá apelar ante la plenaria cuando la comisión se haya pronunciado en contra de la iniciativa. Negada ésta, el camino que les queda a los promotores o a quienes estén interesados en que la propuesta sea adoptada, es adelantar el trámite mediante referendo.

Debe aclararse, que si se niega por parte del Congreso una Iniciativa Popular Legislativa, podrá acudirse para su aprobación al referendo. Pero para ello se necesitan del 10% de firmas de los ciudadanos inscritos en el censo electoral. Se percibe claramente que, conforme al anterior censo se necesitaba del 5% de las firmas de ciudadanos para ser estudiado por el congreso; ahora se necesita de un 10% del censo electoral para ser válido el proyecto. Esto se convierte en una nueva traba a la iniciativa popular, ya que desmotiva a los organizadores para comenzar de nuevo el proceso.

La experiencia ha demostrado que individuos o grupos de ciudadanos comunes y corrientes, interesados en presentar una propuesta normativa o legislativa, no estarían en capacidad de conseguir semejante cantidad de firmas. Da la impresión de que este tipo de iniciativa sólo pueden cumplirla las maquinarias políticas o los grupos económicos. Esta es una de las complejidades de la política colombiana. Se les asesta de esta manera un duro golpe a los artículos 1, 3, 103, 105 de la Carta Política, pues si se llama “democracia representativa”, el

---

<sup>480</sup> La ley establece la obligatoriedad de dar trámite a la iniciativa en la legislatura inmediatamente siguiente o concomitante a su inscripción, lo que en la práctica puede dilatar innecesariamente su estudio, puede suceder que al no ser debatida tenga que ser retirada para presentarla en un período posterior. Ante esta eventualidad la Ley únicamente previó mantener la vigencia de las firmas recolectadas.

poder ejercer el derecho al voto cada 4 años, ¿dónde queda en la práctica dicha participación? Las talanqueras puestas en práctica por el mismo legislador y avaladas por la Corte Constitucional no pueden conducir a limitar en su sentido y alcance la participación ciudadana, y por ende, a obstruir la voluntad del constituyente primario. Esto corroborará que la materialización efectiva de un principio tan importante como la participación ciudadana, mecanismo fundamental de legitimidad de la democracia participativa, está lejos de realizarse desde los términos consagrados en la Constitución de 1991 y desarrollados por la Ley Estatutaria del 94.

Con respecto a los aportes para iniciar una IPL, el art. 97 establece unas pautas al control de contribuciones. Menciona, que los promotores podrán recibir contribuciones de los particulares para sufragar los gastos del proceso de recolección de firmas y deberán llevar una cuenta detallada de las mismas y de los fines a que hayan sido destinadas. En el art. 105 se hace alusión a las apropiaciones presupuestales correspondientes en la ley anual de presupuesto, de acuerdo con las disponibilidades fiscales existentes, con el fin de garantizar los recursos necesarios para la realización de los procesos de participación ciudadana en la iniciativa popular, los referendos, las consultas populares, los plebiscitos y los cabildos abiertos. Lo cierto es que si no se han podido controlar los aportes a las campañas políticas, en este caso, es confuso saber cómo se controlarían las contribuciones por parte de los particulares, ya que hasta el momento no se ha presentado ninguna. El art. 105 de la Ley Estatutaria fue declarado constitucional por la Corte, reiterando que la ley sólo puede limitar el monto máximo de las contribuciones.

**B) La consulta popular. (Art. 104 C.P)**

Según el artículo 8 de la Ley Estatutaria, la Consulta Popular es la institución mediante la cual una pregunta de carácter general sobre un asunto de trascendencia nacional, departamental, municipal, distrital o local, es sometida por el Presidente de la República, el gobernador o el alcalde, según el caso, a consideración del pueblo para que éste se pronuncie formalmente al respecto. En todos los casos, la decisión del pueblo será obligatoria. Por lo general, este procedimiento de consulta se pone en marcha por el ejecutivo, y suele ser usado como válvula de escape por los gobiernos que se ven sometidos a fuertes presiones por parte de la opinión pública.

*Sobre la convocatoria.*

El Presidente de la República, con la firma de todos los ministros y previo concepto favorable del Senado de la República, podrá consultar un asunto de trascendencia nacional que no implique modificación a la Constitución Política. (art. 50) . Los Gobernadores y alcaldes podrán convocar a la población de sus territorios para que se pronuncien sobre un asunto departamental, municipal, distrital o local, previo concepto positivo, sobre la conveniencia de la consulta, emitido por la Asamblea, el Concejo o la Junta Administradora Local.

El Congreso de la República, mediante una ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, puede disponer una elección popular para la convocatoria a una Asamblea Constituyente para reformar total o parcialmente la Constitución. La convocatoria debe

indicar el número de delegatarios, el sistema para elegirlos, las competencias de la Asamblea, la fecha de su iniciación y su período.

*Procedimiento que se sigue para la Consulta.*

El texto de la consulta se redacta mediante preguntas claras que permitan a los ciudadanos contestar con un "SI" o un "NO" y precisar los temas que serán de competencia de la Asamblea Constituyente, cuando éste sea el caso. –El texto no puede presentarse a manera de proyecto normativo ya que ello funciona así únicamente cuando se trata de un referendo–. El Presidente o las autoridades territoriales convocantes pedirán concepto previo al Senado o las corporaciones públicas territoriales, incluyendo el texto que someterá a decisión popular, una justificación y la indicación de la fecha de su realización. Las corporaciones deberán emitir su concepto dentro de los veinte (20) días siguientes a la solicitud del ejecutivo, los que pueden prorrogar a su conveniencia por diez (10) días. La decisión desfavorable de asambleas y concejos obliga al mandatario seccional, municipal, distrital o local a desistir de la convocatoria. Este sometimiento a la decisión favorable es un control político, que en la práctica busca controlar los excesos de poder de los gobernantes. El Presidente, por su parte, puede decidir por convocar o no la consulta, en el supuesto de que el Senado emita un concepto desfavorable.

La consulta nacional se realizará dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la decisión del Senado y las territoriales dentro de los dos (2) meses posteriores a la respuesta favorable de sus corporaciones. El texto de la consulta nacional o territorial y de la ley que consulta la convocatoria de la Asamblea Constituyente, también requiere un control

constitucional previo, que se adelanta por el tribunal contencioso-administrativo competente, en el caso de departamentos, distritos, municipios o localidades y por la Corte Constitucional en el evento de que la convocatoria provenga del Congreso de la República.

Para que el SÍ o el NO obligue a las autoridades, se requiere que cualquiera de las dos opciones obtenga el voto de la mitad más uno de los sufragios válidos, siempre y cuando haya participado por lo menos una tercera parte de los electores que componen el respectivo censo electoral. La decisión así obtenida obliga a las autoridades a hacer efectiva la decisión adoptada. Si se requiere expedir normas para la efectividad de la decisión, las corporaciones las expedirán dentro del mismo período de sesiones, o a más tardar en el período siguiente. Si no se expide oportunamente la Ley, Ordenanza, Acuerdo o Resolución que corresponda, el Presidente, el Gobernador, el Alcalde o el funcionario respectivo podrán, dentro de los tres (3) meses siguientes, expedirla mediante decreto que tiene la misma fuerza legal que habría tenido el emitido por las corporaciones.

### **C. El referendo<sup>481</sup>.**

El artículo 103 enunció el referendo como uno de los mecanismos de participación ciudadana y el artículo 170, consagró a su vez el referendo derogatorio y obligatorio de leyes, que procede a través de la convocatoria de un 10% mínimo de ciudadanos. Sin embargo, como ya se mencionó anteriormente, la Constitución del 91 y la Ley 134/94 no reconocieron *la mayoría de edad* –en sentido kantiano– de los ciudadanos en relación con temas presupuestales,

---

<sup>481</sup> Existen varias clases de referendo. Así, si se refiere al territorio, puede ser nacional, regional, departamental, federal, etc., si hace alude a las cuestiones normativas, puede ser constitucional o administrativo; si es consultivo del pueblo, puede ser obligatorio o derogatorio

internacionales y tributarios o fiscales, pues las leyes correspondientes son intangibles a cualquier cuestionamiento del pueblo en su soberanía directa.

**a'. *El referendo aprobatorio.***

Tiene que ver principalmente con leyes, Ordenanzas, Acuerdos o Resoluciones –la Ley no contempló en su texto los proyectos de Acto Legislativo negados–, regulados en los artículos 32 y siguientes de la Ley Estatutaria de Participación Ciudadana 134 de 1994. Sólo procede siempre que se refiera a proyectos de iniciativa popular que hayan sido negados en las corporaciones correspondientes. Sobre esta figura dijo la Corte Constitucional en la sentencia C-180 de 1994: *El referendo aprobatorio se deriva del principio de soberanía popular y de la cláusula general de la Constitución que permite al legislador regular formas de participación diferentes a las que la misma Carta Política contempla; su objetivo es darle eficacia a la iniciativa popular, que de no contar con este instrumento, se podría convertir en un esfuerzo improductivo y frustrante, lo cual desestimularía la presentación de iniciativas populares.*

El referendo aprobatorio, requiere ser respaldado en su convocatoria por un mínimo del diez por ciento (10%) de ciudadanos del censo electoral que corresponda. Los promotores de la iniciativa normativa negada tienen un plazo hasta de seis meses para completar este porcentaje. En este contexto véase los resultados del siguiente ejercicio respecto de un proyecto ley de origen ciudadano no aprobado: Negada la iniciativa se solicita al Registrador convocar el referendo aprobatorio. Éste fija un mes para la eventualidad de otras propuestas. Durante 6 meses se recolectan firmas complementarias o nuevas firmas para las otras

propuestas y los resultados se presentan al Registrador, quien en el término de un mes expide certificación de cumplimiento de requisitos y a partir de acá queda formalmente radicada la solicitud. El texto deberá ser sometido a referendo en un plazo de 6 meses contados desde la fecha de la solicitud: Se obtendrán resultados al cabo de 32 meses, sin tener en cuenta el tiempo de los actos preparatorios de cada etapa.

Los requisitos que se exigen a los promotores y el procedimiento a seguir para la obtención de respaldos en el referendo, son los mismos de la iniciativa ciudadana. La iniciativa negada a concejales y diputados, para acudir a un referendo aprobatorio, debe respaldarse por el porcentaje requerido de ciudadanos. En todos los casos la decisión popular deberá producirse dentro de los seis meses siguientes a la solicitud (art. 39 ley 134). Obliga el voto afirmativo de más de la mitad de los sufragantes que representen más de la cuarta parte de ciudadanos del censo electoral respectivo (art. 45 ley 134). Antes de la votación popular se revisa, por el Tribunal Contencioso competente, la constitucionalidad del texto del referendo normativo departamental, distrital, municipal o local. En estos casos no se fijó un término para que se produzca la decisión, situación que dilata la realización del referendo. Los referendos aprobatorios tienen revisión automática por parte de la Corte Constitucional, sobre vicios de forma. El control es posterior, si es referendo de leyes. (art. 241, núm. 1 y 3 C. P). El referendo podrá ser suspendido por decisión del gobierno durante los estados de excepción, si se argumenta que la celebración puede afectar el orden público o que se observa un ambiente de intimidación para los votantes.

Ante esto se ha pronunciado afirmativamente la Corte, aduciendo mediante Sentencia C-180/94 que “Esta Corte estima razonable la

facultad que la norma concede al Gobierno, para evaluar la incidencia que en la realización de un referendo, pudieren tener circunstancias de orden público que puedan afectar la convocatoria o producir intimidación a los votantes. Se observa además que el ejercicio constitucionalmente válido de dicha competencia mediante decreto legislativo, se sujeta al control de la Corte, como lo consagra expresamente el inciso final de la norma en comento, al reiterar, respecto de dicho decreto, el control automático y oficioso que para los de naturaleza legislativa que expida el ejecutivo durante los estados de excepción, se consagra en los artículos 214-6 y 241 de la Carta Política. Por esa razón, no se estima que la norma vulnere la Constitución”. Se ve que el único requisito que estima la Corte para controlar al ejecutivo, es el control previo del pronunciamiento del estado de excepción por parte del presidente. El Presidente, Gobernador o Alcalde está obligado a sancionar la norma aprobada por referendo y disponer su publicación dentro de los ocho días siguientes a la declaración de resultados por parte de la Registraduría, para que entre a regir (arts.48 y 49 Ley 134). Las normas derogadas o aprobadas mediante referendo podrán revisarse en un tiempo no menor a dos años, por la corporación respectiva. Los promotores a favor o en contra<sup>482</sup>, dentro del mes anterior a la votación, tendrán derecho a por lo menos dos espacios de televisión nacional, si se trata de referendo legal o constitucional, y en los canales regionales si el referendo es sobre Ordenanzas, Acuerdos o resoluciones. La Registraduría, de su parte, publicará el texto del proyecto sometido a referendo al iniciar, en el intermedio y al final de la campaña.

**b'. Referendo constitucional.**

---

<sup>482</sup> Se Retoman algunas ideas del proyecto “Plan Nacional de Formación para el Control Social a la Gestión pública”, 2001, en Internet. [www.participe.com.co](http://www.participe.com.co)



Sometimiento a consideración popular de un proyecto reformativo de la Constitución, al tenor del artículo 378, cualquiera que sea su contenido. La solicitud puede provenir de la ciudadanía o del gobierno<sup>483</sup> para la convocatoria a referendo. Este mecanismo requiere, sin embargo, de una ley de convocatoria, es decir, de un cierto filtro por el Congreso. Todas las reformas pasan por el Congreso, salvo las contrarreformas

---

<sup>483</sup> El ejecutivo presentó un proyecto de reforma constitucional —Ley 796 de 2003—, con el fin de cambiar algunas prácticas políticas y de obtener recursos fiscales. La Procuraduría General de la Nación, solicitó la inexequibilidad de 14 de los 19 puntos del referendo. Para el Ministerio Público, en el trámite de esos numerales no se observó el principio de publicidad que exige la Constitución, pues no se publicaron en la Gaceta del Congreso las modificaciones que el Gobierno Nacional introdujo al proyecto y que fue lo que se discutió en las comisiones constitucionales de Senado y Cámara. La no publicación a tiempo en las Gacetas oficiales causó, en palabras del Procurador, una interferencia en los mecanismos de participación. Adicionalmente, en relación con la aprobación integral del texto, señala el Ministerio Público que éste es un elemento antidemocrático que viola abiertamente el artículo 378 de la Constitución, que exige que cada artículo debe ser votado, bien con un Sí o con un No. Posteriormente, la Corte Constitucional declaró exequibles 15 de los 19 puntos presentados por el gobierno, que fueron sometidos a referendo aprobatorio el 29 de octubre del año 2003. De los 15 puntos sometidos a consideración de la población, ninguno superó el umbral necesario para convertirse en norma constitucional, lo que ha causado gran malestar en el gobierno, llevándolo incluso a presionar públicamente a las autoridades competentes para que se revise a posteriori el censo electoral, con el fin de alcanzar sus objetivos. En otra perspectiva pero relacionada con el referendo, el Presidente de la República, con la firma de todos sus ministros, mediante decreto y por motivos de orden público, podrá suspender la realización de la votación de un referendo durante la vigencia de cualquiera de los estados de excepción, siempre que su celebración pudiere afectar el orden público o se observare un ambiente de intimidación para los votantes. (Art. 43 de la Ley 134). El problema aquí radica, en que Colombia ha vivido la mayor parte de su historia en estados de excepción y ello da pie para que el Presidente, amparado en este artículo, declare como improcedente un referendo contrario a sus intereses. Se convierte el presidente de esta manera, en juez y parte del proceso, lo que absolutiza hobbesianamente cualquier poder. Se está violando visiblemente el derecho fundamental a la participación política consagrado en el art. 40 CP. Es de aclarar que el único límite frente a esto es la revisión constitucional, que por vicios de procedimiento en su formación, realiza la Corte Constitucional. El argumento que esgrime es el siguiente: “la alteración del orden público menoscaba las condiciones del ejercicio democrático. De ahí que esta Corte estime razonablemente la facultad que la norma concede al Gobierno, para evaluar la incidencia que en la realización de un referendo, pudieran tener circunstancias de orden público que pudieran afectar la convocatoria o producir intimidación a los votantes” C-180/94. Esto no hace efectivo la garantía del derecho de participación, ya que como se ha comentado, el ejecutivo puede utilizar este mecanismo como escape. Como plantea Gustavo Gallón al referirse a este tema: “El estándar de emergencia desarrollado por Colombia desde la lucha entre liberales y conservadores por el poder durante los años cuarenta a cincuenta se amplió y la lectura que llevó a cabo la Corte Suprema en la época hizo que la excepcionalidad se convirtiera en un arma del Poder Ejecutivo”. Gallón Gustavo, *Quince años de estado de sitio en Colombia: 1958–1978*. Bogotá, Uniandes, 1998. pág. 45.

que el pueblo solicite. El referendo será presentado de manera que los electores puedan escoger libremente en el temario o el articulado qué votan positivamente y qué votan negativamente art. 42 Ley 134. Sin embargo, de acuerdo al art. 378 de la C. P, no se permite el voto en bloque. Se da por ende una contradicción entre la Ley y la Constitución. La Corte Constitucional medio en este aspecto y declaró exequible el art. 42 de la Ley 134, contrariando la voluntad del constituyente del 91, quien creyó que era más democrático votar norma por norma.

**c'. *Referendo Constitucional derogatorio.***

Para la derogatoria de leyes mediante referendo, se necesita un número de ciudadanos equivalente al 5% del censo electoral, quienes podrán solicitar ante la organización electoral la convocatoria de un referendo para su derogación, siempre y cuando así lo determine la mitad más uno de los votantes que concurran a aquel y que debe recibir la aprobación por voto, de una cuarta parte de los ciudadanos que componen el censo electoral art. 33, Ley 134 y Art 375 C.P. Mediante el art. 377 de la Cons. Pol, se somete a consideración popular la derogación de leyes de reforma constitucional, pero solo de aquellas que versen sobre derechos fundamentales y sus garantías, procedimientos de participación popular o de funcionamiento del mismo Congreso, siempre que se haga uso de este derecho dentro de los seis meses siguientes a la promulgación del acto que reformó la Constitución (art. 36 Ley 134) No procede este referendo, respecto de leyes aprobatorias de tratados internacionales, ni referidas al presupuesto, materias fiscales o tributarias (art.170 C. P). Dijo la Corte en la misma Sentencia, que era exagerada la ratificación del referendo por medio de la mayoría del censo electoral, ya que los apoyos a los otros mecanismos de participación es del 5%.

## D) *El plebiscito.*

El plebiscito es el pronunciamiento del pueblo en relación con una convocatoria del Presidente de la República, mediante el cual apoya o rechaza una determinada decisión del ejecutivo<sup>484</sup>. (Art. 77, Ley 134 de 1994). El presidente debe informar al congreso, al momento de convocar al plebiscito, las razones para realizarlo, así como la fecha fijada para que se lleve a cabo la votación por parte de los ciudadanos. La votación debe ser no antes de un mes y no después de cuatro meses de haber sido convocado el plebiscito. El pueblo decidirá en plebiscito por mayoría del censo electoral.

La Corte Constitucional se refirió en sentencia C-180 de 1994 a la manera como se debía convocar a un plebiscito. Dijo la Corte: *Los artículos 77 y 78 establecen una serie de controles al ejercicio del plebiscito, entre ellos, las materias específicas sobre las cuales podrá convocarse y la forma en que deberá ser convocado. Al respecto se señala, que el Presidente de la República podrá convocar al pueblo a plebiscito para que se pronuncie exclusivamente acerca de los siguientes asuntos: sobre las decisiones previstas en el artículo 150,*

---

<sup>484</sup> Con respecto al plebiscito, éste se define como el pronunciamiento del pueblo ante el llamado del ejecutivo, para que apruebe o desaprobe una o varias iniciativas políticas, o sobre la forma de gobierno y del estado. (art. 77 y 78 de la Ley 134 de 1994). Lo que se cuestiona es que el llamado al pueblo se hace para refrendar o legitimar una política ya tomada con anterioridad; ello deja sin sustento definitorio los posibles aportes de la ciudadanía, instrumentalizándose así la participación ciudadana a intereses dados. Lo que muchos críticos advierten es la falta de una cultura política y jurídica ciudadana en Colombia, lo que podría llevar a que los ciudadanos legitimen una decisión contraria a sus intereses, manipulados por los medios de comunicación, los monopolios privados y por el mismo gobierno. Un ejemplo concreto se manifiesta cuando la Corte Constitucional declara exequible los cabildos abiertos, donde las personas pueden participar, sugerir y deliberar, pero sin que la corporación en mención se vea obligada normativamente a aceptar las sugerencias y propuestas de los ciudadanos en cuestiones relevantes de su comunidad como bien podrían ser los temas económicos.

*numeral 16 de la Constitución (aprobar o improbar los tratados que el gobierno celebre con otros Estados), y sobre las políticas del Ejecutivo que no requieran aprobación del Congreso, excepto las relacionadas con los estados de excepción y el ejercicio de los poderes correspondientes”.*

La Corte declarará inexecutable la posibilidad de que por la vía del plebiscito el pueblo se pronuncie “sobre las decisiones previstas en el artículo 170 de la Carta, como quiera que no procede el referendo respecto de los tratados internacionales.

### **E) El cabildo abierto**

Tiende a presentarse con originalidad en el Constitucionalismo Colombiano. Definido en el art. 9 de la Ley 134 de 1994, como la reunión pública de los concejos distritales, municipales o de las juntas administradoras locales, en la cual los habitantes pueden participar directamente con el fin de discutir asuntos de interés para la comunidad. El cabildo abierto tiene como función principal allanar caminos de crisis cuando ciertos temas o problemas resultan complejos de resolver en los ámbitos municipales, así como el de permitir que los ciudadanos lleven al “foro abierto”, propuestas y orientaciones relevantes para la comunidad. Este mecanismo intentó erigirse en la Constitución del 91 como un auténtico espacio de expresión de soberanía popular local; de ahí su inclusión en el artículo 103 de la Constitución de 1991 como uno de los instrumentos de participación del pueblo en el ejercicio de su soberanía plena. La Corte Constitucional se refiere a este mecanismo en los siguientes términos: “Es un mecanismo de participación

ciudadana, donde se congrega el pueblo para discutir libremente, acerca de los asuntos que le interese o afecten. Se constituye además, en la garantía constitucional de las reuniones políticas de carácter deliberante”<sup>485</sup>.

Tanto el Constituyente del 91 como la misma Corte, vislumbraron en este mecanismo una forma directa e inmediata de deliberación de la ciudadanía en asuntos propios –es de recordar que éste no goza de fuerza vinculante–. Esta limitación trivializa en la práctica este mecanismo, pues sólo se invita al pueblo a deliberar, pero sin que ello influya u obligue en la toma definitiva de las decisiones a los gobernantes. Sin mayores argumentos, este mecanismo fue declarado exequible por la Corte Constitucional; al respecto sólo menciona la Sentencia C-180/94 que “queda abierta la puerta para que un futuro, el Congreso por vía estatutaria le reconozca fuerza vinculante a las deliberaciones populares en cabildo, en forma congruente con la potestad soberana del pueblo quien, como titular originario la ejerce por esta vía de manera directa”. No obstante, tal actitud de esta Corporación no fue compartida por una minoría de magistrados, quienes hicieron salvamento de voto, asegurando que el cabildo sí posee un carácter vinculante. Véase sus argumentos:

1. El cabildo abierto es hoy en día una clara expresión de la soberanía popular local y de la democracia participativa contemporánea. De ahí su adopción en el artículo 103 por la Constitución de 1991, como uno de los mecanismos de participación del pueblo en el ejercicio de su soberanía. La decisión mayoritaria de la Corte sobre este punto,

---

<sup>485</sup> Corte Constitucional, Sentencia C- 180 de 1994, Magistrado Ponente: Hernando Herrera.

acepta el sentido democrático y participativo de la institución pero, de manera inexplicable, limita sus alcances hasta considerar que sólo tiene efectos deliberantes.

2. Eliminados su efectos jurídicos, la única consecuencia que subsiste del texto constitucional es la nominal y, con ella, la de un eventual efecto simbólico en beneficio de la participación ciudadana, cuya utilidad es dudosa si se tiene en cuenta la producción de otro efecto simbólico paralelo al anterior, y esta vez en beneficio de la frustración y de la apatía, ocasionadas por la ineficacia de los enunciados constitucionales.

3. Es paradójico que mientras la participación ciudadana resulta bien complicada en sociedades tan complejas como las contemporáneas y aún más complejas como las latinoamericanas, el legislador se empeña en restarle eficacia práctica a instituciones de participación ciudadana a pequeña escala como el cabildo abierto. De manera que los referendos tienen fuerza vinculante pero son bien complicados en su trámite y celebración y en cambio mecanismos de menor complejidad quedan recortados en su alcance<sup>486</sup>. Se percibe claramente que el cabildo abierto –visto de esta manera–, no tiene la eficacia concreta que pretendió darle el constituyente, ya que tiende a confundirse con el derecho de petición expreso en el art. 23 de la C.P. La Corte no dimensionó los alcances reales de este mecanismo, quitándole al ciudadano una posibilidad de poder ejercitar una práctica participativa en las cuestiones relevantes de su comunidad. Al ser despojada por parte de la Corte y del legislador, de la utilidad jurídica, ésta se convierte en un derecho político formal que menoscaba la importancia de este mecanismo.

---

<sup>486</sup> Salvamento de voto, Sentencia C – 180/94.

### *¿Cómo se convoca el Cabildo?*

Obligatoriamente, por lo menos dos veces en cada período ordinario de sesiones, los concejales y las juntas administradoras locales deben convocar el cabildo para escuchar a los residentes del municipio o la localidad, la comuna o el corregimiento, sobre temas de interés general que son de su competencia (art. 81). La comunidad en un número no inferior al cinco por mil (5 por mil) del censo electoral correspondiente, puede, directamente o mediante sus organizaciones, demandar la realización de un cabildo. La petición ciudadana o comunitaria se debe presentar ante la secretaría de la corporación con 15 días de anticipación a la iniciación de las sesiones ordinarias, indicando claramente el tema a tratar y los funcionarios que adicionalmente considere que deben asistir a la reunión. Esta previsión obstaculiza ejercitar la iniciativa ciudadana en cualquier otro momento, como por ejemplo cuando se deba debatir una emergencia que genera serios problemas sociales. De igual forma, según la Ley, no se podrán presentar proyectos de Ordenanza, Acuerdo o cualquier otro acto administrativo. Lo paradójico es que la Ley inicialmente prevé que se puede presentar cualquier proyecto de interés de la comunidad; lo que limita en la práctica dicho mecanismo en los siguientes aspectos:

- a. Sólo se deben presentar iniciativas de manera restringida (art. 83 ley 134). En esto coincide con la Iniciativa Popular Legislativa.
- b. El mecanismo está restringido a la sola deliberación (art. 87).

### *¿Qué otros canales de participación existen ante el Consejo o las JAL?*

La Ley 134 de 1994, establece que los ciudadanos pueden intervenir en las sesiones de las comisiones permanentes del Concejo (y analógicamente de las JAL.) en que se debatan proyectos de su interés, con el objeto de presentar observaciones. (art. 77) El único requisito para ejercitar este derecho, es que el interesado se inscriba en el libro correspondiente, antes de la celebración de la sesión de la comisión. En relación a la influencia que tenía el ejecutivo al regular por vía ordinaria este mecanismo, la Corte Constitucional declaró inconstitucional los artículos 99 y 100 de la Ley 134, por considerar que el presidente de la república, al poseer facultades extraordinarias –que le deba la Ley–, ejercía demasiada presión sobre las organizaciones de veeduría ciudadana. Afirmó en mención la Corte:” Es claro que la inexequibilidad de la regulación por vía de la ley ordinaria, de los mecanismos de participación previstos en el artículo 103, inciso final y 270 CP; de contera produce la inconstitucionalidad de las facultades extraordinarias que, a partir de la definición de la materia propia de la ley ordinaria, se confirieron al ejecutivo para desarrollar las normas cuya fuerza de ley esta Corte ha declarado contraria a la Constitución Política”.

#### **F) La revocatoria del mandato<sup>487</sup>**

---

<sup>487</sup> Al evaluar la gestión del mandatario y el cumplimiento de su programa de gobierno se puede encontrar una de las siguientes situaciones:

- Que los ciudadanos deciden revocar el mandato ante el incumplimiento de temas esenciales del programa.
- Que se verifique el cumplimiento del programa, pero éste resulta equivocado en sus planteamientos y se refleja en resultados negativos de la gestión, en tanto no reducen los problemas que pretendía atacar. En este caso se presenta la insatisfacción por la gestión.
- Que la gestión corrigió planteamientos equivocados del programa, en el camino incluyó nuevos temas y problemas, o se apartó del programa pero generó soluciones a los problemas de la comunidad, logrando consensos y satisfacción social. En este caso no sería dable acudir a la revocatoria del mandato.



La revocatoria del mandato se plasma a partir de la Constitución de 91 como un intento de fortalecer la democracia participativa; ofrece al ciudadano común y corriente una posibilidad real de ejercer un control sobre sus representantes. Se expresa a través de un derecho político, por medio del cual los ciudadanos dan por terminado el mandato que le han conferido a un gobernador o a un alcalde, bien porque están insatisfechos con su gestión o porque no cumple el programa prometido, a pesar de que era posible su realización. Si se analiza la revocatoria del mandato, conforme a los esquemas teóricos propuestos por la teoría habermasiana, se puede decir que la manifestación de dicha teoría en la práctica constitucional colombiana, es una manera directa de vincular al ciudadano con la participación en asuntos que afectan<sup>488</sup> su práctica política. Por consiguiente y de acuerdo con la propuesta habermasiana, el ciudadano debe hacerse cargo continuamente, mediante la deliberación, de sus derechos políticos.

En cuanto a la solicitud de revocatoria del mandato, puede ser presentada por un ciudadano promotor, las organizaciones de la sociedad y los partidos o movimientos políticos, siempre que estas agrupaciones tengan personería jurídica y su solicitud se fundamente en la decisión de su máxima instancia decisoria. En todos los casos la solicitud debe tener el respaldo de un número de ciudadanos no inferior al 40% del total de votantes en la elección del mandatario. Esta última exigencia tiene como ventaja evitar que se pueda poner en funcionamiento el mecanismo electoral de la revocatoria con los costos

---

<sup>488</sup> En el Municipio de Corozal, el día 6 de junio de 2003 –Departamento de Sucre–, se ejerció el mecanismo de revocatoria del mandato al actual alcalde municipal. Se convierte de esta manera en uno de los primeros municipios en lograr tal acción. Anteriormente se había llevado a cabo una revocatoria en el municipio de Mogotes, Departamento de Santander.

económico y político que ello supone. La limitante a este mecanismo se verifica, especialmente, cuando se trata de hacerlo operativo en las grandes capitales o departamentos densamente poblados o con alta dispersión poblacional, en donde movilizar recursos para la sola obtención de las firmas de respaldo, puede llevar a la no verificación del derecho. Se debió diferenciar teniendo en cuenta categorías municipales y/o, para el caso de los gobernadores.

### *¿Quiénes pueden revocar el mandato?*

Según la Ley 134 del 94, tan sólo los ciudadanos que participaron en la elección de sus gobernantes pueden revocar el mandato. Esto fue **modificado** por la Corte Constitucional - Mediante Sentencia C- 179 de 2002, Magistrado Ponente Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra, la Corte Constitucional revisó la exequibilidad del Proyecto de Ley 58/00 Senado y 219/01 Cámara, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 153 de la Constitución Política. En el texto original del proyecto de ley, que a continuación se transcribe, se declaró la INEXEQUIBILIDAD de los artículos 7 de la ley 131 de 1994 y 64 de la ley 134 de 1994. Dichos artículos quedan de la siguiente manera:

1. Haber transcurrido no menos de un año, contado a partir del momento de la posesión del respectivo alcalde o gobernador.
2. Mediar por escrito, ante la Registraduría Nacional, solicitud de convocatoria a pronunciamiento popular para revocatoria, mediante un

memorial que suscriban los ciudadanos<sup>489</sup>, en número no inferior al 40% del total de votos que obtuvo el elegido.

En cuanto al Art. 11 de la Ley 734, fue modificado por el artículo 2 de la Ley 741 de 2002. El nuevo texto es el siguiente: “Sólo para efectos del voto programático, procederá la revocatoria del mandato para gobernadores y alcaldes, al ser ésta aprobada en el pronunciamiento popular por la mitad más uno de los votos ciudadanos que participen en la respectiva convocatoria, siempre que el número de sufragios no sea inferior al cincuenta y cinco por ciento (55%) de la votación válida registrada el día en que se eligió al respectivo mandatario”.

*¿Cómo se tramita la solicitud?*

La Registraduría, una vez que reciba la solicitud y sus apoyos, debe adelantar las siguientes acciones:

1. Verificar que las personas que la apoyan fueron votantes en la elección del funcionario cuestionado.
2. Aprobar la solicitud que reúna el suficiente respaldo y esté motivada.

---

<sup>489</sup> En la Ley 743, había un despropósito. Se exigía por ley que sólo podían participar en la revocatoria del mandato, los ciudadanos que participaron en la elección del respectivo alcalde o gobernador. Esta limitante partía del presupuesto jurídico según el cual solo quien confiere mandato puede revocarlo. Este principio no debió hacerse extensivo al campo político porque desconoce una realidad que tiene que ver con la posibilidad de poder participar en las normas que los afectan, así no se hubiera participado en la elección del alcalde o gobernador. En Colombia, hasta el momento, el voto no es obligatorio. Esta disposición excluía cerca del 50% de ciudadanos del ejercicio de un derecho constituido para todos, en los términos del artículo 40 de la Carta Política (a la ley no le es dado restringir lo que la Constitución previó como derecho universal). Conforme a este articulado, se daba por aprobada la revocatoria cuando el día de la decisión vota un mínimo del 60% de los sufragantes que se presentaron a la elección del mandatario y de éstos por lo menos el 60% acoge la revocatoria.

3. Informar al mandatario cuestionado de la existencia de la solicitud, dentro de los cinco días siguientes a su aprobación. Esto con el fin de que pueda ejercer su derecho a la defensa.
4. Divulgar la solicitud y fecha de realización de la votación. Esta labor se adelanta sin perjuicio de la que adelanten los promotores del Sí.
5. Convocar la votación en un término no superior a dos meses desde la radicación de la solicitud.
6. Producida la revocatoria, comunicar los resultados inmediatamente al Presidente de la República o Gobernador, según el caso, para que designe un encargado del mismo grupo o partido político, mientras se posesiona el nuevo mandatario elegido por la población.

*¿Cómo se elige el sucesor del mandatario revocado?*

Los candidatos a suceder al revocado, deben inscribir su nombre y su programa ante el Registrador. La Registraduría deberá convocar a los ciudadanos para que dentro de los 30 días siguientes elijan nuevo alcalde o gobernador.

Al conocer el proyecto de Ley Estatutaria sobre voto programático la Corte Constitucional sostuvo: El voto programático es una expresión de la soberanía popular y la democracia participativa que estrecha la relación entre los elegidos (alcaldes y gobernadores) y los ciudadanos electores. Al consagrar que el elector impone al elegido por mandato un programa, el voto programático posibilita un control más efectivo de los primeros sobre estos últimos. La posibilidad de la revocatoria del

mandato es entonces la consecuencia de esa nueva relación consagrada por la Constitución de 1991. ... El voto programático garantiza la posibilidad de la revocatoria del mandato de alcaldes y gobernadores en particular si éstos incumplen con su programa. Esta revocatoria del mandato es la consecuencia lógica del derecho de participación del ciudadano en el ejercicio del poder, como lo dispone el artículo 40 superior. En el caso del voto programático es necesario dilucidar quién impone el mandato a fin de determinar quién puede revocar a gobernadores y alcaldes. –Esta parte fue modificada por la Ley 741 de 2002–<sup>490</sup>. En efecto, quien ha otorgado el mandato es quien puede revocar al mandatario, puesto que el mandato es una relación de confianza fundada en el principio de la buena fe, por medio de la cual una persona –el mandante– logra hacerse presente en donde no puede estarlo, por medio de otra persona –el mandatario–. La posibilidad de

---

<sup>490</sup> La Ley Estatutaria 134 de 1994 exigía una mayoría cualificada del 60% de los votos emitidos para que opere la revocatoria del mandato, siendo declarado exequible por la Corte, lo que motivó que una minoría de magistrados se separaran del criterio mayoritario en los siguientes términos: *Disentimos de la decisión mayoritaria que declaró exequible la exigencia establecida en el artículo 69 del proyecto revisado, según la cual es necesario que haya una mayoría calificada del 60% de los votos emitidos para que opere la revocatoria de alcaldes y gobernadores. Los argumentos son los mismos por los cuales salvamos el voto en la sentencia C-011/94, por medio de la cual esta Corporación revisó el proyecto de ley estatutaria sobre voto programático.... Consideramos que la Constitución define al Estado colombiano como un Estado Social de Derecho, organizado en forma... democrática... y la regla de la democracia acogida por la Carta fundamental, es el principio de la mayoría simple (C. P. arts. 146 y 148). Es cierto que la Constitución puede excepcionar el principio de mayoría simple y efectivamente lo hace en varias ocasiones. Sin embargo, cuando la Constitución no establece una excepción al principio de mayoría simple, la ley no puede hacerlo de manera injustificada. Es pues razonable que la ley exija como requisito de validez de la revocatoria que el número de sufragios depositados para la revocatoria no sea inferior al 60% de la votación registrada el día que se eligió el mandatario. Pero lo que resulta inaceptable es que la ley contradiga sin justificación constitucional la regla general de la mayoría simple y establezca una fórmula de mayoría calificada para la aprobación de la revocatoria por los ciudadanos. Además, el artículo 69 no se contenta con el establecimiento de la mayoría absoluta puesto que consagra que 60% de los votantes deberán aprobar la revocatoria. De esa manera la ley no sólo está otorgando a una minoría la posibilidad de impedir un pronunciamiento de la mayoría en ejercicio de su derecho constitucional a controlar el desempeño de los funcionarios elegidos, sino que además podría estar convirtiendo en inoperante el mecanismo de la revocatoria de mandato. Critican estos magistrados, que la ley 134 haya establecido una mayoría cualificada para la revocatoria del mandato, sin haber sido expuesto así por la constitución.*

excluir del procedimiento de revocatoria a quienes no participaron en la elección no es entonces una sanción a quienes no votaron, puesto que en Colombia el voto es libre; esa exclusión es simplemente el corolario del tipo de relación que, conforme al artículo 159, se establece entre gobernadores y alcaldes y quienes los eligieron, y un estímulo a la participación ciudadana.

La exigencia establecida por el legislador de establecer las razones por las cuales se convoca a una revocatoria es perfectamente razonable, por cuanto traza un contenido a las personas para ejercer el control político. Es necesario explicarle al resto de los miembros del cuerpo electoral el por qué de la convocatoria. Por eso será declarada ajustada a la Constitución. En cambio, la segunda parte del artículo, a saber la expresión, "teniendo en cuenta objetivos, metas y cronograma no alcanzados durante la gestión del mandatario, y en concordancia con el contenido del artículo 4º de la presente ley", será declarada inexecutable por las mismas consideraciones por las cuales esta Corporación considera contrario a la Constitución el artículo 4. En efecto, esta parte del artículo 8º se encuentra indisolublemente ligada al artículo 4º. Mal podría entonces esta corporación declarar inexecutable el artículo 4º y considerar ajustado a la carta esta segunda parte del artículo 8º.

A continuación se pretende complementar este capítulo con los mecanismos de participación ciudadana; ello desde una experiencia concreta como son las constituyentes regionales, a modo que permita analizar un ejercicio real y práctico de los derechos fundamentales democráticos en el espacio público.

## **5. Las Constituyentes Democráticas Regionales: una posibilidad de aproximación al modelo teórico discursivo habermasiano.**

Una de las salidas ya apuntada en este trabajo consiste en la apropiación que la sociedad civil haga de la participación en la esfera pública como soberanía popular. Por tanto, es posible aseverar que, desde la perspectiva de Habermas, es la ciudadanía quien detenta el poder constituyente. Esto apunta a que, entre los ciudadanos, debe desarrollarse unos acuerdos, en primer lugar, sobre unos procedimientos que garanticen la participación de todos en igualdad de condiciones en la toma de decisiones públicas; en segundo lugar, sobre unos principios mínimos con capacidad de inclusión suficiente de los que no han tenido la oportunidad real de participar en la esfera pública. De lo que se trata, finalmente, es de reconstruir la legitimidad de estos mecanismos democráticos, mediante un proceso consensual de formación de la opinión pública caracterizado por su imparcialidad. Si la democracia constitucional deliberativa supone una red plural, espontánea y abierta a los diversos del mundo de la vida, así como procedimientos imparciales que garanticen los derechos fundamentales; se trata de influir sobre el sistema-político administrativo, gracias a las normas constitucionales que garantizan el flujo del poder comunicacional.

Lo anterior puede llevar a la superación del esquema amigo-enemigo que el conflicto ha tomado en Colombia; un esquema netamente pre-hobbesiano que no ha permitido considerar otros espacios de acuerdos y posibilidades desde los cuales proponer vías alternas que superen la dinámica del conflicto agonal que ha caracterizado la sociedad colombiana y su reflexión teórico-política y iusfilosófica. De ahí la necesidad de buscar nuevos esquemas que, desde un modelo de democracia deliberativa y el principio discursivo, interpreten a cabalidad

el espíritu de participación real que el Constituyente del 91 quiso darle; ello puede ofrecer salidas institucionales, plausibles jurídicamente y razonables políticamente. Esta propuesta conlleva a propiciar elementos de discusión que permitan retomar elementos relevantes de la teoría discursiva de la democracia expuesta por Habermas, donde la opinión pública –es decir, el poder comunicativo de la sociedad civil– determine el contenido de un consenso normativo mínimo que pueda traducirse en poder administrativo a través de los procedimientos jurídicos y democráticos.

Como ya se expuso, dentro de los planteamientos relevantes de la teoría habermasiana está el principio discursivo. Acorde al mencionado principio discursivo, sólo pueden pretender validez aquellas normas en la que participan todos los afectados por éstas mediante procedimientos democráticos inclusivos y que hayan contado con el asentimiento general. –puede decirse que los modelos teóricos se falsan si no reflejan la realidad. Por su parte los modelos normativos deben contener, a la vez, elementos heurísticos, ubicados al contexto, y suficientemente estrictos en requerir y plantear lo que “debería ser”–. Bajo este planteamiento, se pretende examinar porqué las acciones de participación ciudadana en Colombia, son algo fundamental y necesario para fortalecer el sistema democrático, en cuánto permiten comparar cuán cerca o lejos estamos de la propuesta habermasiana, mas también se hace prevalente realizar un análisis de lo que está fallando en la práctica con respecto al modelo seguido: el principio discursivo habermasiano. Estos planteamientos serán los que se abordarán en este apartado. Como se ha venido demostrando en el desarrollo de este capítulo, los mecanismos de participación ciudadana en Colombia no están garantizadas por dispositivos simétricos de participación, lo que



de hecho obstaculiza las condiciones sustanciales del proceso democrático, sin embargo, estas carencias han propiciado en parte, el surgimiento y desarrollo –incipientes aún– de proyectos de participación ciudadana como alternativa para abordar los disímiles conflictos por los que atraviesa la sociedad colombiana, en parte debido a la falta de liderazgo político de los partidos tradicionales y del gobierno central. Dentro de estos proyectos participativos, especial interés adquieren los mecanismos democráticos nacidos mediante las iniciativas de los denominados *Procesos Constituyentes Regionales*; procesos que han sido gestionados inicialmente en los departamentos de Antioquia<sup>491</sup>, Tolima y Santander.

Estos procesos constituyentes propenden a darle más poder al ciudadano para que, conjuntamente con los demás actores sociales, proyecten y dirijan los destinos de su comunidad, así como darle eficacia y validez a los derechos fundamentales de participación política. Las iniciativas nacidas de la ciudadanía se pueden relacionar con el planteamiento habermasiano de democracia deliberativa y opinión pública; esto permite confirmar que el modelo expuesto por éste, no es tan ajeno a realidades tan disímiles y complejas como la colombiana. La explicación de Habermas es clara: “La formación de la opinión y la voluntad, estructurada formalmente en términos democráticos, dependen del flujo de opiniones públicas informales que, en el caso ideal, se forman en las estructuras de un espacio público no *menoscabado en su espontaneidad*”<sup>492</sup>. Este poder comunicativo debe filtrar las instituciones de manera discursiva, con el fin de que se amplíe

---

<sup>491</sup> La Asamblea Constituyente de Antioquia está conformada por regiones. En ella participan todos los grupos representativos del Municipio y la región. De forma similar funcionan la Constituyentes de Tolima y Santander.

<sup>492</sup> Habermas, *Facticidad y Validez...*, op.cit., pág. 385.

la capacidad ciudadana de incidir en la toma de decisiones, así como de restringir los posibles abusos del poder o la indiferencia de éste por los mecanismos participativos.

Tal espontaneidad de la que habla Habermas se manifiesta en las *Constituyentes Regionales*, éstas no pretenden sustituir al Estado, por el contrario, intentan legitimarlo con acciones concretas y concertadas con todos los actores regionales. Tales experiencias tratan de rediseñar una nueva participación ciudadana, concretizada en: mayor atención a las expectativas de los ciudadanos y a sus necesidades regionales, más participación en la toma de decisiones locales, mayor autonomía municipal en los procesos de paz, mesas de negociación y distensión con los grupos armados, participación en la toma de decisiones de las finanzas públicas, etc. En este sentido afirma Mauricio Toro: “Y en este proceso, entre la pobreza y la guerra, a pesar del analfabetismo y la incultura política, secuelas de la dependencia y el dominio de un sistema de partidos que le sigue jugando al clientelismo y no al ejercicio de la participación democrática, la autonomía y la libertad, las expresiones de nuestra gente cobran vida y se juegan a un proceso que les devuelve la esperanza, construyendo caminos y salidas a estos males y atreviéndose a vivir la democracia, la política, en una sana y rica controversia, para afirmar que sí hay una opción de vida y de desarrollo donde quepamos todos”<sup>493</sup>. Esta nueva experiencia de participación ciudadana puede ser un mecanismo de deliberación pública y empoderamiento ciudadano, tendiente a proyectar socialmente la construcción de tejido social entre sectores excluidos históricamente por el Estado y presionados por grupos al margen de la ley.

---

<sup>493</sup> Toro, Mauricio, “Asambleas Constituyentes Regionales” en revista Caja de Herramientas, Mayo de 2003.

**A) Algunos datos relevantes de las Constituyentes Regionales. –El caso del Municipio de Tarso<sup>494</sup>–.**

En el Suroeste Antioqueño en el Municipio de Tarso, se ha venido gestando un proyecto democrático-participativo, articulado sobre la necesidad de construir un laboratorio de paz, así como la conformación de Procesos Constituyentes Regionales. En éste, han sido las propias comunidades las que le han dado la importancia necesaria para la transformación de sus necesidades más apremiantes. Jurídicamente se sustentan en el principio del art. 2, y en los art. 366 y 270 de la Const. Pol., los cuales promueven la participación en las decisiones que afecten: la vida económica, política, administrativo, cultural y la participación ciudadana en las veedurías públicas.

---

<sup>494</sup> El contexto central que da lugar al inicio a la Asamblea de Tarso, se enmarca en una problemática de déficit fiscal debido a malos manejos de la administración municipal y baja participación de la ciudadanía en los procesos democráticos. Lo anterior reforzado con una crisis económica derivada por el descenso de los precios del café en el mercado internacional y por la presencia de actores armados de la subversión y el paramilitarismo. El déficit fiscal del municipio, en el año 2000, llegaba a los 1.000 millones de pesos, en tanto que los ingresos captados por concepto de impuestos eran 260 millones. Este desbalance financiero estaba conduciendo a la amenaza de suprimir el municipio por considerarlo inviable el Gobierno nacional. Esta crisis como resultado de una alta burocratización, representada en un costo mensual de 54 millones, en tanto que en el ítem del presupuesto se contaba con sólo 21 millones por este concepto.

Había baja participación política, en las elecciones de alcalde para el periodo 1998-2000 el 54.62% del potencial votante se abstuvo de hacerlo. Con el agregado que la ciudadanía había perdido la credibilidad en las instituciones del estado como resultado de la ineficiente administración y la corrupción. Con la Asamblea Constituyente de Tarso se busca formular un plan de desarrollo integral en términos de participación política y de la economía, como medida preventiva de violencia. Se establece como reto, por parte de la comunidad, un modelo de desarrollo social y de convivencia a través de la participación democrática de todos los ciudadanos.

Información obtenida de las siguientes fuentes:

Arroyave, Alirio, ponencia “Tarso Hacia un Nuevo Milenio”. 1999. Foro realizado en Tarso Antioquia. 1

Asamblea Municipal Constituyente y Administración Municipal de Tarso “Unidos por el Desarrollo y la paz”. Ponencia realizada por David Marulanda. Tarso, 2003.

Rios C, Carlos *Legitimidad de la asamblea municipal constituyente de Tarso: Comunidad, territorio y municipio de paz. Medellín*, Monografía. Universidad de Medellín. 2001.

La Fundación Redepaz tiene una información sobre la experiencia de Mogotes. En: <http://redepaz.8m.net/publicaciones/articulo3x.htm>.

En tal sentido, la Constituyente Regional de Tarso se ha venido proyectando a nivel nacional e internacional como modelo para el desarrollo de las modelo de gobernabilidad, expresado en la planeación, gestión y proyección del destino de su municipio. Esta innovación le ha permitido hacer parte del *Observatorio Internacional de Democracia Participativa*, lograr el apoyo del programa de la paz de la Cátedra UNESCO con sede en la Universidad Autónoma de Barcelona España.

Pero ¿Cómo surge la propuesta de la *Constituyente de Tarso*? La crisis por el mal manejo de sus finanzas por parte de los mandatarios municipales, el atraso económico, de crisis financiera –que de acuerdo a la ley 617 de 2000, podría perder su categoría de municipio–, hizo que los habitantes del municipio de Tarso emprendieran un gran reto –en el cual se puede evidenciar una manifestación clara de la sociedad civil y por ende de la teoría Habermasiana de la opinión pública–, consistente en superar el déficit de legitimidad –el alcalde electo 1997-2000, fue amenazado por los grupos armados de la zona y obligado a dejar el municipio–, el conflicto armado<sup>495</sup> y por la crisis fiscal. El conjunto de la población percibió en esta propuesta, una posibilidad de cohesión social y desarrollo mediante un gran acuerdo social que posibilitara unir tejidos sociales resquebrajados por la poca participación ciudadana, por el

---

<sup>495</sup> En relación al conflicto, esto dice uno de los organizadores de la Asamblea de Tarso “una de las variables importantes que se está proponiendo a través del proyecto como el que hoy estamos planeando para el municipio, es el de la participación que nos corresponde a los ciudadanos frente al conflicto armado. No somos los generadores del conflicto, pero sí los que estamos llevando la peor parte, por lo tanto somos parte de él. En este marco y si miramos los contenidos de los diálogos, éste no ha estado fundamentado en el silencio de los fusiles, sino en el modelo de desarrollo y gobernabilidad para el país. De allí el papel que nos corresponde a los ciudadanos como constituyentes en el ejercicio de nuestra soberanía y en la formulación de una nueva propuesta de país”. Memorias de la Constituyente. Marzo de 2003.

conflicto armado y la exclusión social. La Constituyente de Tarso permite la participación ciudadana en 4 ejes fundamentales:

1. Inversión social y desarrollo sostenible.
2. Gobernabilidad local y legitimación del Estado.
3. Cultura de paz, conflicto político armado.
4. Desplazamiento forzado.

Estos ejes se concretizan para su organización y desempeño en la siguiente estructura administrativa.

1. *Asamblea general*: La conforman todos los habitantes del municipio como constituyentes primarios.

2. *Asamblea de Voceros*: la conforman 150 voceros de los 11 sectores urbanos y las 16 veredas (aproximadamente 1 por cada 30 habitantes), las asociaciones y organizaciones comunitarias, los comerciantes y los finqueros, entre otros. Además participan por derecho propio: El Alcalde, los miembros del Concejo Municipal, los presidentes de las Juntas de Acción Comunal, el Párroco, el Juez y el comandante de policía. –Es de anotar como dato histórico, que en la Constitución del 91 participaron 74 constituyentes, para una población de 35 millones. En Tarso el censo es de 7. 500 habitantes, lo que denota el alto grado de participación–.

3. *Junta Directiva de la Asamblea*: La componen una presidencia colegiada de 7 miembros, 2 relacionistas públicos, 2 fiscales y 2 secretarías. El número de siete presidentes tiende garantizar un protagonismo colectivo y la representación de los sectores más importantes de la vida municipal.

4. *Director Ejecutivo de la AMC*: El Director es nombrado por la Junta Directiva entre los miembros de la Asamblea, tiene como responsabilidad la coordinación de las acciones de gestión y operativas decididas en Asamblea.

5. *Comités de Apoyo*: Son dos, uno está en Medellín y el otro en Barcelona, España. Tienen como función afianzar las redes de comunicación y cooperación con organizaciones y entidades a nivel regional, nacional e internacional para la gestión y coordinación de proyectos específicos.

Desde tal organización, la Asamblea Constituyente Regional de Tarso pretende específicamente, accionar los mecanismos de participación ciudadana mediante ejercicios autónomos democráticos, con el fin de contribuir a través de la deliberación, a crear nuevas reglas democráticas inclusivas. De acuerdo a los participantes en la *Asamblea Constituyente de Tarso*, una asamblea es “un ejercicio de soberanía del pueblo y autonomía territorial, de reconocimiento a la diversidad étnica, cultural y geográfica, incluyente y transparente, de planeación y participación entre la ciudadanía y el Estado, para acordar un pacto social que se exprese en políticas públicas de desarrollo integral, de convivencia basadas en el respeto a los derechos humanos y el DIH, que faciliten la transformación social e institucional y la gobernabilidad democrática”<sup>496</sup>. Los ciudadanos se convierten de esta manera, en auténticos representantes de lo que Rawls denomina la *razón pública*, esto es, en intérpretes activos y propositivos de las disposiciones y normas resultantes, que por lo general se han elaborado a expensas de la participación ciudadana.

---

<sup>496</sup> *Ibíd.*

Pero, más que un modelo de razón pública rawlsiano, en la Constituyente Regional antes señalada, se pone en práctica un modelo habermasiano, pues Habermas es más preciso al plantear que: “Las instituciones y garantías jurídicas de la formación libre de la opinión descansan sobre el vacilante suelo de la comunicación política de aquellos que, al hacer uso de ellas, las interpretan, las defienden, a la vez que las radicalizan en su contenido normativo”<sup>497</sup>. No en vano ha venido planteando que la “acción comunicativa” se sustenta en el derecho igualitario de todos los ciudadanos a participar en el proceso de toma de decisiones colectivas; éstas no pueden ser impuestas de manera vertical o por decreto, han de surgir de la deliberación sobre los diferentes intereses. Al respecto dice Habermas que: “El derecho a la participación política se asocia con la expectativa de un uso público de la razón: en su condición de colegisladores democráticos, los ciudadanos del Estado no deben cerrarse a modos informales de percepción y expresión del bien común y de la orientación hacia él”<sup>498</sup>.

Con relación a la manifestación y expresión participativa de la Constituyente Regional de Tarso, puede decirse que existe allí una posibilidad real de convertirse en un mecanismo participativo sólido, en un espacio democrático válido para los ciudadanos. Ahora bien, tal posibilidad se puede encontrar con algunos efectos positivos y negativos. Positivos, en el sentido de darle reconocimiento a una labor frecuentemente solitaria y muy necesitada de seguir siendo referente nacional e internacional. Negativos, porque estos ejercicios de autonomía ciudadana, son vistos por las fuerzas en conflicto con recelo, incluso como

---

<sup>497</sup> Habermas, *Facticidad y validez...*, op.cit., pág. 450.

<sup>498</sup> Habermas, J, *Tiempo de transiciones...*, op. cit., pág, 161.

una provocación y desafío, en un contexto donde la polarización y la fragmentación es una estrategia utilizada por los grupos armados.

Pero, a pesar de lo problemáticas e incómodas que puedan llegar a ser estas iniciativas para las fuerzas en conflicto y para los políticos tradicionales, lo cierto es que dicha experiencia local y regional juega y jugará un papel fundamental en la construcción de la paz en Colombia. Efectivamente, estas iniciativas protagonizan la búsqueda de una nueva institucionalidad pública y comunitaria, que deviene referente de construcción colectiva de accionabilidad de los mecanismos adscritos en la Constitución Política y, porque no plantearlo, de espacios de reconciliación en los futuros escenarios del post-conflicto.

La búsqueda de concreción de dicha experiencia no puede ser ajena a múltiples problemas y retos, dentro de los cuales se pueden enumerar las siguientes:

- Una mayor coordinación con los acompañamientos internacionales. En este aspecto se hace necesario, articular las propuestas provenientes de las comunidades, con los diversos organismos internacionales que cooperan con estas iniciativas y definir conjuntamente el acompañamiento/protección conjunta del papel a desarrollar y promover por cada uno.
- Fortalecimiento de proceso: ganar en legitimidad, en autonomía y en seguridad a partir de la inclusión de la mayor parte de la población en los procesos participativos.



- Coordinación nacional: acercarse a otros procesos a partir de la identificación de criterios compartidos y poder visibilizarse a nivel nacional e internacional como un proceso comunitario que pretende darle mayor legitimidad a los procedimientos democráticos participativos.

- Estrategia de desarrollo. La construcción política debe de ir acompañada de un proceso de organización e inversión social que mejore la calidad de vida de la población a modo tal que genere confianza en el proceso.

- Generación de opinión pública movilizada. Se hace imprescindible incrementar el nivel de información y de movilización de la opinión pública generalizada para asumir la corresponsabilidad social y política de todos

los participantes en esta propuesta. En este sentido, se hace prioritario enviar mensajes a la opinión pública que más allá de la denuncia de los problemas, propongan mecanismos alternativos sobre los alcances y posibilidades reales de acción de tales mecanismos.

En síntesis, con el ejercicio de la asamblea municipal de Tarso se ha logrado un equilibrio entre las instituciones y los mecanismos participativos regionales, puesto que las demandas y conflictos son abordados directamente entre alcaldías –presencia estatal– y la sociedad civil– múltiples organizaciones–, lo que ha conducido a un replanteamiento democrático al abrirse a nuevos espacios de participación ciudadanía, a la vez que ha generado reconocimiento por parte las instituciones del Estado, los grupos armados y la comunidad internacional.

Estos espacios democráticos no pretenden reformar la Constitución, pretenden complementarla mediante diseños y alternativas democráticas participativas, de formación ciudadana, para poder participar en la toma de las decisiones que les afectan, de robustecer espacios deliberativos, de vigilar y fortalecer la gobernabilidad local, de influir positivamente en el desmonte de la guerra, fortalecer la sociedad civil, de incluir a los excluidos socialmente de la participación y la deliberación, de fortalecer espacios de legitimidad provenientes e iniciados por la misma comunidad, etc. Esta es una experiencia novedosa que puede fortalecer la participación ciudadana mediante la posibilidad real de éstos espacios democráticos, lo cual ayudaría a profundizar en asuntos como la legitimidad social de lo público, el respeto las reglas democráticas, al fortalecimiento y garantías de una

cultura de derechos fundamentales, a la participación ciudadana y de las organizaciones de la sociedad civil en la vida pública, etc.

Es de anotar que estos mecanismos, novedosos y aún en proceso de consolidación, requieren de un mayor análisis y estudio tanto a mediano como a largo plazo. Esto implica considerar los canales de participación ciudadana como procesos constitucionales relevantes, de modo que sean consideradas “iniciativas populares legislativas” desarrolladas y promovidas por la misma comunidad. Por consiguiente el ejercicio de estos derechos hace posible repensar en una nueva orientación del rumbo político de la comunidad. En este sentido, si Peter Schneider decía que con expectación estamos esperando la reacción del Tribunal Constitucional ante la inactividad del legislador, en Colombia se podría decir que se

espera con expectativa que estas experiencias fructifiquen ante la imposibilidad de accionar los diversos mecanismos constitucionales de participación ciudadana. Retomando los análisis antes vistos de B. Ackerman, se puede decir que estos espacios ratifican la declaración de los derechos políticos y se convierten en un “momento fundacional fuerte”, esto es, una expresión de “nosotros el pueblo”<sup>499</sup>.

Con el fin de recapitular lo planteado hasta el momento y a manera de síntesis, se persigue a continuación analizar críticamente algunos artículos de la constitución del 91, en cuanto que obstaculizan la realización óptima de los mecanismos de participación ciudadana.

El artículo 377 de la Constitución política reza: “Deberán someterse a referendo las reformas constitucionales aprobadas por el congreso, cuando se refieran a los derechos reconocidos en el capítulo I del título I y a sus garantías, a los procedimientos de participación popular, o al congreso, si así lo solicita dentro de los seis meses siguientes a la promulgación del acto legislativo, un cinco por ciento de los ciudadanos que integran el censo electoral. La reforma se entenderá derogada por el voto negativo de la mayoría de los sufragantes siempre que en la votación hubiere participado al menos la cuarta parte del censo electoral”. Así y desde la perspectiva crítica que se intenta seguir, se propone en primer lugar **una reforma constitucional de los mecanismos de participación ciudadana**, especialmente de las iniciativas populares legislativas consagradas en el art. anterior. Esto es, cuando se toquen derechos fundamentales, se deberá someter dicha reforma a referendo, sin

---

<sup>499</sup> Ackerman, B, *We the people: Foundations*, Cambridge Mass, Harvard University Press, 1991.

necesidad de ser solicitada por el 5% de los ciudadanos conforme lo estipula la Constitución. La razón de ello radica en que cuando, mediante una disposición, se afecte, limite o restrinja el núcleo esencial de un derecho fundamental, se debe someter a un mecanismo específico y especial de regulación: el referendo aprobatorio o derogatorio ejercido por el pueblo. Esto permitiría la participación en el nivel de las decisiones fundamentales de los miembros de la comunidad y de los ciudadanos en particular, en los asuntos que los afectan de una manera directa.

Por tanto, ante la posibilidad que el legislador democrático acomode los intereses particulares, en detrimento de los derechos fundamentales, se hace necesario una movilización ciudadana activa que no conceda a éste – y al procedimiento constitucional– un control posterior como el que establece el artículo 377.

Un segundo enunciado imprescindible de ser analizado y replanteado es el consagrado en el art. 161 de la Constitución Política. Expresa: “Cuando surgieren discrepancias en las cámaras respecto de un proyecto, ambas integrarán comisiones accidentales que, reunidas conjuntamente, prepararán el texto que será sometido a decisión final en sesión plenaria de la cámara. Si después de la repetición del segundo debate persisten las diferencias, se considerará negado el proyecto”. Las discrepancias de las que habla el artículo en mención, son las referidas a **las iniciativas legislativas y normativas** (IPL) <sup>500</sup>. Desde el enfoque de este trabajo, la propuesta se centra en **que no debe ser negado el proyecto bajo ninguna circunstancia** –sólo si se atentara contra derechos

---

<sup>500</sup> Al respecto señaló la Corte Constitucional que: “Al estudiar el tema en las comisiones accidentales, si el desacuerdo sobre ciertas partes del proyecto no afecta el sentido global del mismo, no debe frustrar todo el esfuerzo realizado para tramitar y expedir una ley. En consecuencia, se entiende negada únicamente las disposiciones objeto de las discrepancias”. C-055/95.

fundamentales—, ya que el pueblo comporta de acuerdo al preámbulo y al art. 3 de la Constitución Colombiana, la soberanía reside exclusivamente en el pueblo, del cual emana el poder público. Si se acepta que el Congreso rechace un proyecto de ley por discrepancias materiales o formales, se estaría cambiando el fundamento de los principios democráticos que guían la Const. Pol.

El Congreso, de hecho, puede efectuar modificaciones mediante procedimientos discursivos racionales al proyecto, pero no negarlo; esto con el fin de que las iniciativas democráticas surgidas por parte de la ciudadanía no se vean frustradas; ello daría mayor juego a la deliberación y justificación de acuerdos razonables. Por lo tanto, no se entiende el porqué se obstruye en la práctica este proceso democrático, ya que la legitimidad democrática se construye precisamente de estas iniciativas populares.

En tercer lugar se proyecta analizar, la “acción positiva” como mecanismo específico de reivindicación para **con los grupos excluidos de facto de la participación política**. En este sentido, los presupuestos universalistas de la igualdad, entendida sólo en su dimensión formal —relegando la dimensión material a segundo plano—, ha llevado de una u otra manera a la marginación, desigualdad fáctica, discriminación y exclusión de los diversos grupos sociales minoritarios, por parte del Estado y grupos económicos, lo que contradice las posibilidades de los principios constitucionales: la justicia, los derechos fundamentales, la igualdad política, la participación activa en la toma de decisiones, etc., situando en entredicho la validez, eficacia y concreción del Estado de derecho.

Así por ejemplo, el inciso segundo del art. 13 de la Const. Pol., establece una categoría sustancial de igualdad, que obliga, mediante mandato al Estado, a promover "las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva" y adoptar "medidas en favor de grupos discriminados o marginados". En tal sentido el constituyente del 91 se propuso nivelar la situación de desventaja que en diversos campos se ha confinado a los grupos más discriminados en la sociedad colombiana. La Corte Constitucional no ha sido extraña a tal situación; ha dicho que: *"La incidencia de este particular tipo de discriminación en las relaciones sociales es amplia, porque el grupo discriminado comprende por lo menos a la mitad del conglomerado humano, y se encuentra en permanente contacto con los restantes miembros de la sociedad ubicados en posición privilegiada. Además, las consecuencias de la diferenciación injustificada por razón de sexo se extienden a insospechados espacios, lo que da cuenta de la naturaleza velada o encubierta de un sinnúmero de prácticas inequitativas que trascienden las manifestaciones más comunes de la discriminación"*. Sentencia C-410/94.

Desde el análisis de la acción positiva, es fundamental, buscar mecanismos jurídicos, económicos y políticos que posibiliten que los grupos discriminados social e históricamente, tales como las negritudes, los indígenas y las mujeres, tengan una representación activa en las asambleas departamentales, los concejos municipales y en la Corte Constitucional<sup>501</sup>. Con ello se pretende crear y propiciar espacios

---

<sup>501</sup> Un ejemplo claro de esto es la Ley 158/98, conocida como la "Ley de Cuotas"; en ésta se establece la creación de mecanismos participativos para que la mujer pueda participar en las diversas ramas del poder público. Dicha participación exige una participación del 30% en los cargos de máximo nivel decisorio. El art. 5 de la Ley, señala una excepción. "Lo dispuesto en el articulado anterior no se aplica a los cargos pertenecientes a la carrera administrativa, judicial u otras carreras especiales...". Si bien, la Ley plantea que se deben respetar los puestos adquiridos mediante carrera administrativa, también es cierto que se evidencia la poca participación política en los puestos esenciales de toma de decisiones, de los grupos

jurídicos, políticos y democráticos para aquellos sectores y grupos minoritarios de la sociedad, tradicionalmente no tenidos en cuenta en la toma decisiones y la participación en el poder. Se habla de concretar y accionar *afirmaciones positivas*<sup>502</sup> mediante políticas económicas, culturales y jurídicas, para estos grupos o personas, con el fin de eliminar las desigualdades que les afectan, posibilitando en este caso una mayor representación en las normas y políticas que a diario guían su vida. Como lo expresa Carlos Gaviria Díaz “Estos motivos o criterios que en la Constitución se enuncian –se refiere al art. 13 de la Const. Pol–, aunque no en forma taxativa, aluden a aquellas categorías que se consideran sospechosas, pues su uso ha estado históricamente asociado a prácticas que tienden a subvalorar y a colocar en situación de desventaja a ciertas personas o grupos, verbigracia, mujeres, negros, homosexuales, indígenas, entre otros”<sup>503</sup>. En suma, se trata de remover todos los

---

excluidos, por ejemplo, la casi nula posibilidad de participación en la integración de la Corte Constitucional, el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia, cargos a los que se accede no por carrera administrativa, sino, por libre nombramiento. Con relación a la Corte Constitucional, hasta la fecha una sola mujer ha llegado a ocupar tal cargo. La Ley plantea sin embargo que se deben incluir a las mujeres en las ternas presentadas, pero la realidad demuestra que si bien se incluyen en éstas, no siempre son tenidas en cuenta. Se denota una amplia ambigüedad en el art. 2 de la Ley, al establecer que la mujer debe participar en las entidades de las tres ramas del poder público. Luego ¿por qué se le excluye de participar en esta rama del poder público donde se toman decisiones relevantes para todos los ciudadanos?

<sup>502</sup> Véase al respecto el artículo de Alfonso Ruíz Miguel, “Discriminación inversa e igualdad” en Varcácel, A. *El concepto de igualdad*. Edi. Pablo Iglesias, 1994. En este mismo sentido se expresa Javier de Lucas cuando menciona: “no basta con garantizar la igualdad en los derechos por encima de la diferencia racial para conseguir una igualdad efectiva, entre otras razones porque hay una desigualdad heredada, que impide hablar de igualdad en el punto de partida y exige un trato desigual, es decir, medidas de discriminación positiva”. Javier de Lucas, *El desafío de las fronteras*, Temas de Hoy, 1994, pág. 192. El dar razones, moral, política y jurídicamente cuando así lo requiera la acción positiva, es fundamental en sociedades altamente discriminatorias como la colombiana. La Corte Constitucional colombiana ha establecido, conforme al art. 13 de la C.P, unos test de razonabilidad que han posibilitado identificar grupos e individuos discriminados. Ver la Sentencia C-673 de 2001.

<sup>503</sup> Gaviria Díaz, Carlos, *Sentencias. Herejías Constitucionales*, FCE, 2002, pág. 115. Así mismo, la Sentencia C-410/94 afirma que: “La igualdad sustancial alude al compromiso de remover los obstáculos que en el plano económico y social configuran efectivas desigualdades de hecho que se oponen al disfrute efectivo del derecho. Las causas que subyacen a situaciones de esta índole tienen que ver, entre otros aspectos, con la escasez, con

obstáculos y discriminaciones que existen para que estos grupos o individuos tengan una representación real y efectiva en estos cargos. –El *locus* teórico habermasiano, no es indiferente a estos planteamientos. El medio del derecho no puede renunciar a su incardinación en el contexto de una cultura política habituada en el ejercicio de la libertad<sup>504</sup>–.

Con respecto a la diferenciación positiva, la Sentencia C-484/96 afirma: *"Para los casos en los que se observa que existe un tratamiento desigual para personas o hechos cuya situación similar parecería exigir un trato homogéneo, se ha diseñado un test o esquema para examinar la norma en cuestión, con el fin de dilucidar si existe justificación de la desigualdad consagrada. Constituía una razón objetiva para la expedición de normas que establecieran una desigualdad jurídica el propósito de lograr con ellas contrarrestar las desigualdades que se presentan en la sociedad. La búsqueda del alivio **de las desigualdades fácticas justifica la existencia de medidas de diferenciación positiva**, es decir de normas que coloquen a grupos determinados en condiciones más ventajosas que aquéllas que rigen para la generalidad de las personas, como forma de facilitarle a esos grupos bien sea su supervivencia como colectividad o bien superar las desfavorables condiciones (materiales o sociales) en las que se encuentran"*.

En síntesis, se puede afirmar que la acción positiva, necesaria en la Constitución Política de Colombia, se ha de dar con el fin de ofrecer mayor

---

necesidades no satisfechas del ser humano, con fenómenos históricos de segregación y marginación o con injusticias del pasado que se pretende subsanar. La igualdad sustancial revela, entonces, un carácter remedial, compensador, emancipatorio, corrector y defensivo de personas y de grupos ubicados en condiciones de inferioridad, mediante el impulso de acciones positivas de los poderes públicos".

<sup>504</sup> Habermas, J, *Facticidad y Validez...*, op.cit., pág. 629.



relevancia a los mecanismos de participación ciudadana, teniendo presente los siguientes elementos:

1. Que la acción de ponderar el hecho como tal, no homogenice los demás casos (que sea útil para alcanzar un fin determinado).
2. Que la acción ponderable tenga un sustento normativo validado jurídicamente, o que por lo menos, se pueda deducir conforme a los principios constitucionales de “equiparación y compensación” de lo discriminado socialmente (que sea necesaria e indispensable).
3. Que la obtención del fin mediante procedimientos democráticos, sea racional y proporcionado con lo que se busca o pretende. El fin de la acción debe ser legítima y válida socialmente como mecanismo de compensación para los titulares de los derechos. (que se sustente en el principio de proporcionalidad). Si una medida de intervención no cumple las exigencias mencionadas, vulnera el derecho fundamental intervenido y, por esta razón, debe ser declarada inconstitucional<sup>505</sup>. Esta validez social de la acción, debe sustentarse como una manera conjunta de resistencia y contestación ante los sistemas jerárquicos que han impuesto vertical y poco consensuadamente sus decisiones. De lo anterior se debe aprender que la democracia y los derechos no son ‘adquiridos’ de nacimiento, sino que son aprendidos en la práctica social.

---

<sup>505</sup> Bernal Pulido, C, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2003, pág. 37.

## **CONCLUSIONES**

Uno de los objetivos propuestos en este trabajo consistía en analizar los derechos fundamentales desde la perspectiva habermasiana, como también comprender el fundamento y aplicación de los derechos dentro

de la propuesta teórica de la democracia deliberativa. Se analizó cómo ésta posibilita una mayor comprensión de los derechos de la que ofrece el modelo liberal, base de los derechos subjetivos, o la que se manifiesta desde el análisis del modelo republicano. Se dedujo que la participación en espacios públicos dinámicos fortalecidos por una sociedad civil activa, posibilitan un mayor análisis de la complejidad social y cómo poder abordarlas, desde criterios reflexivos. Lo anterior permite plantear, a modo de conclusión, los siguientes supuestos:

1. Que sin la garantía y protección de los derechos de participación política es muy difícil lograr que, dentro del Estado Democrático de derecho, fluyan manifestaciones democráticas o jurídicas provenientes de espacios plurales y reflexivos. El mecanismo democrático de participación ciudadana es sustancialmente relevante para exigir, en forma conjunta, derechos fundamentales. Sin éstos, los derechos negativos de libertad y los derechos sociales, como derechos de prestación, devienen de modo 'paternalista', y hacen pedazos el modelo de una comunidad jurídica que busca autodeterminarse, mediante la participación activa de los ciudadanos en la esfera pública. Como afirma Habermas "ciertamente, tanto las libertades subjetivas como tales derechos sociales pueden considerarse como base jurídica de esa autonomía social que es la que empieza haciendo efectiva la realización de los derechos políticos<sup>506</sup>.

2. La tensión entre legitimidad y legalidad se resuelve, en lo tocante a fundamentación, por medio de los procedimientos democráticos

---

<sup>506</sup> Habermas, *Facticidad y Validez ...*, op.cit., pág. 143. No sobra de nuevo advertir, la necesidad de que los derechos sociales sean desarrollados y garantizados racionalmente como prestaciones que cubran necesidades básicas, para hacer efectiva la autonomía ciudadana.

plenamente establecidos y garantizados por medio del Estado democrático de derecho y, en cuanto a la aplicación de las normas, por el procedimiento de la “pretensión de corrección”; de tal forma que la decisión judicial vendría dada por una actuación racional y justificado lo más ampliamente posible, en pos de una pretensión de corrección lo más imparcial que se pueda. Dicha corrección, para Habermas, sería la aceptabilidad de las decisiones por parte de los sujetos sociales, en razón de los mejores argumentos justificados racionalmente y, por tanto, aceptados por todos los afectados como válidos, de tal manera que “una teoría discursiva del derecho hace depender la aceptabilidad racional de las sentencias judiciales no sólo de la calidad de los argumentos sino también de la estructura del proceso de la argumentación”<sup>507</sup>.

Así, la seguridad jurídica que descansa en el reconocimiento de expectativas de comportamiento claramente especificadas, representa un principio que, en cada caso, ha de ponderarse con los demás principios, lo que lleva a posibilitar “decisiones justas para cada caso”; ello garantiza que toda persona posea y ejercite su status jurídico dado desde un procedimiento “fair” –imparcial, justo—. Como afirma Habermas, los afectados pueden contar con que, en el procedimiento, no resulten decisorias para el fallo del juez cualesquiera tipo de razones, sino las razones relevantes, de suerte que a cada uno le queden garantizados los derechos que le asisten. La imparcialidad de las normas se puede evidenciar en la concreción de una sentencia por parte del juez que se comporte en sus decisiones como especial miembro racional de la

---

<sup>507</sup> *Ibíd.*, pág. 357.

deliberación democrática, sin confundir lo razonable con lo mayoritario, tanto como con lo racional en términos de aceptabilidad general<sup>508</sup>.

3. Para Habermas el derecho moderno cumple, como una más de sus funciones, la de reducir la complejidad de las sociedades modernas, además de regular que los argumentos provenientes de la fundamentación de las normas cuenten con razones suficientes para ser aceptados por sujetos si bien reflexivos, también egoístas y estratégicos. Por tanto, el sistema del derecho, visto desde la teoría de la acción comunicativa, pertenece a un orden legítimo que se ha vuelto 'reflexivo' entre el sistema y el mundo de la vida. Por consiguiente, las normas jurídicas pueden contemplarse a la vez como <leyes de libertad> ligadas al principio de autonomía pública-privada, cuanto como <leyes coactivas>, haciendo posible el orden jurídico justo.

4. La democracia deliberativa, desde su concepción del "paradigma discursivo del derecho", hace que el poder político sólo pueda desplegarse a sí mismo a través de un código jurídico que haya sido institucionalizado en forma de derechos fundamentales. Los procesos públicos deliberativos deben conducir a domesticar el modelo del mercado y de una administración que, en su caso, se pueda volver autosuficiente como parece estar sucediendo. El paradigma del derecho establece las pautas de cómo han de entenderse los principios del Estado de Derecho y los derechos fundamentales. Es apremiante recordar que los principios y normas, consagrados en la constitución, se concretan, cuando pueden llevarse a cabo en la situación específica, exigiendo la máxima eficacia y validez de los derechos fundamentales.

---

<sup>508</sup> De allí la concepción aarnista de "lo racional como *lo razonable*". Arnio, Aulis. *Lo Racional como Razonable*. Centro de Estudios Constitucionales , 1991.

5. El procedimiento democrático que resulta de “una especificación del principio <D> o <principio discursivo> a las normas sociales, señala el camino para la formación de normas jurídicas legítimas, que son las que permiten la autodeterminación de los sujetos jurídicos, como sujetos de derechos.

6. El paradigma jurídico propuesto por Habermas, si bien contiene elementos de análisis formal del derecho, también introduce mecanismos sociales específicos, como una sociedad civil con capacidad deliberativa, un espacio público sensible a las diferentes dinámicas sociales y con capacidad de influir en las decisiones parlamentarias y judiciales, institucionalización de demandas públicas que revierten en garantía y protección de los derechos. “Como participantes en tal proceso de formación discursiva de la opinión y la voluntad, los ciudadanos no están haciendo otra cosa que poner en práctica su derecho a la autodeterminación política”<sup>509</sup>. De esta manera, el principio discursivo permite analizar mediante el discurso de aplicación, los contextos y las normas –dimensión ética pluralista–, desde la participación ciudadana y la discusión sobre intereses y valores comunitarios, institucionalizar los flujos comunicativos a través de los derechos fundamentales –dimensión normativa constitucional–. Si bien, los procedimientos democráticos pretende el consenso, así como la imparcialidad en las normas y la garantía de los derechos fundamentales, igualmente deben posibilitar igualmente el disenso como mecanismo de reflexión sobre lo que está bien o mal en tal procedimiento democrático.

---

<sup>509</sup> Habermas, J, *Facticidad y Validez ...*, op.cit., pág. 348.

7. Se puede afirmar que lo que persigue la teoría habermasiana con el “paradigma discursivo del derecho” es realizar una crítica al modelo tradicional liberal, que se ha decantado por la búsqueda de intereses personales y por la forma de entender la política, como mediación entre los individuos y el Estado. Los derechos subjetivos son una categoría imprescindible de este modelo, pero los derechos no se agotan ni se pueden anclar allí. La tradición republicana, que se orienta por una comprensión ética de la participación política, presenta como elementos de cooperación social la solidaridad y el bien común. Pero, al colocar el bien común por encima de los derechos individuales corre el riesgo de recortar el modelo y por tanto, socava la autonomía individual.

Ante estos dos modelos propone Habermas su teoría de la democracia deliberativa que propende a decisiones justas en su procedimiento, ancladas en y desde las reglas de la acción comunicativa. Su propuesta alternativa, *la democracia deliberativa*, reconoce en igualdad de condiciones la autonomía privada y pública. Una de sus máximas es que la opinión pública funda e institucionaliza, en el Estado democrático de derecho, los derechos que han de darse los ciudadanos.

8. La fundamentación de las normas, como resultado del procedimiento democrático, retoma en la deliberación pública las reglas de la argumentación propuesta por Habermas, tales como: “Nadie será excluido de la discusión”, “que se escuche a todos los implicados”, “se debe argumentar racionalmente”, “serán tenidas presentes las argumentaciones dadas mediante la coacción de los buenos argumentos”. Tales reglas funcionan como ideal regulativo que deben seguir aquellas instituciones que deseen comparar sus prácticas de facto con situaciones o acciones que se habrían tomado bajo otros

mecanismos de iure: sirven para analizar qué grado de desviación o desacuerdos, en lo moral, ético, político o jurídico presentan actualmente las sociedades. Lo que se quiere decir es que la práctica comunicativa permite entendernos desde concepciones intersubjetivas, donde la posibilidad del consenso sobre cuestiones relevantes sea prioritaria para esa comunidad política. De allí que Habermas afirme: “Sólo son válidas aquellas normas de acción que podrían ser aceptadas por todos los posibles afectados en cuanto participantes en discursos racionales”. Este postulado, sin embargo, debe dar pie a la posibilidad del disenso, que tanto le han sugerido a Habermas autores como McCarthy, Benhabib y Wellmer, entre otros.

9. Los implicados por estas normas han de aceptar su validez si ésta logra superar el siguiente test: 1) que estas normas hayan sido elaboradas conforme a procedimientos imparciales y se manifiesten, en su caso concreto, desde una pretensión de corrección, 2) que los titulares de los derechos tengan todas las garantías de poder exigir su cumplimiento y respeto por parte de los órganos competentes para ello. Por tanto, el poder participar en la elaboración de dichas normas como sujetos libres e iguales, permite entender el derecho y, por ende, los derechos fundamentales como condición de un diálogo intersubjetivo.

10. De acuerdo al mecanismo discursivo contrafáctico de la situación ideal de habla expuesto por Habermas que implica el que “todos los afectados por las normas estén de acuerdo con ellas”, ha de ser necesario una sujeción a buenos argumentos, tanto de los que se expongan como de los que se reciban en un determinado caso. De aquí



la importancia de dotar al derecho de las máximas garantías y procedimientos eficaces para resolver conflictos cuando otras dinámicas han fallado.

11. También se ha abordado el modelo de “democracia constitucional deliberativa”, para señalar que su finalidad consiste en dar respuesta a las exigencias de los actores sociales que manifiestan, en forma de “inputs,” las demandas de la opinión pública; es una forma de regular y proporcionar legitimidad a estas demandas. Dicho en otros términos, se hace indispensable la existencia de unos mecanismos, encargados de mantener abiertos los canales de participación de los ciudadanos y dar respuesta a sus inquietudes desde concepciones tanto jurídicas como democráticas<sup>510</sup>. Quienes interpretan o son afectados por las decisiones normativas –en este caso a todos los implicados en la pretensión de corrección– son los ‘destinatarios’ de las normas. Habermas refuerza, lo anterior, confirmando la importancia de fundamentar enunciados

normativos que puedan ‘recibir la aquiescencia de todos los afectados en tanto que partícipes en discursos prácticos’, manifiesta que la impugnada abstracción de los contextos del mundo de la vida, de las circunstancias concretas del caso particular, es en realidad inevitable cuando se trata de responder a la pregunta de si las normas y modos de actuar, sujetos a debates, son moralmente correctos y merecen el reconocimiento

---

<sup>510</sup> En este sentido se expresa Peña Freire en su texto *La garantía en el Estado constitucional de derecho*, cuando afirma: “El proceso de legitimación se intensificará en la medida en que poder judicial sirva a los fines que constitucionalmente tiene atribuidos: la garantía de los derechos e intereses de los ciudadanos y la corrección de la desviación entre los distintos planos o niveles jurídicos”. *Ibíd*, pág. 240.

intersubjetivo de sus destinatarios. Esto es, a nuestro entender, una forma de ‘bajar’ a situaciones concretas la pretensión universalista de fundamentación, a la vez que se busca con ello plantear la necesidad de que esa aplicación imparcial esté dada según principios justificados moralmente. No en vano insiste el autor en que la aplicación de normas exige una aclaración argumentativa específica como, por ejemplo, que la imparcialidad del juicio no puede estar garantizada, sólo por el principio de universalización, antes bien, se necesita del contexto y, por lo tanto, del principio de adecuación para el caso específico. Con todo esto se pretende que la justificación racional de las decisiones judiciales reduzcan, al máximo, la inseguridad de los sujetos jurídicos cuando resultan vulnerados sus derechos fundamentales por una “pretensión de corrección” no justificada racionalmente.

12. Como se ha mencionado reiteradas veces, acorde al principio discursivo, sólo pueden pretender validez aquellas normas en la que han participado todos los afectados por éstas mediante procedimientos democrático inclusivos y que hayan contado con el asentimiento general. Ante esto ha de decirse que es fundamental y necesario comparar desde un modelo exigente como el desarrollado por Habermas, aquellos ejercicios de participación ciudadana en Colombia, para desde allí realizar la contrapartida, es decir, analizar que es lo que obstaculizaba la plena efectividad de la participación ciudadana con relación al modelo seguido: el principio discursivo habermasiano. Esta segunda parte fue tratada en el quinto capítulo del trabajo. Se demostró que los mecanismos de participación ciudadana en Colombia son obstaculizados en la práctica por la Ley –Ley 134/94–, como, por ejemplo, se analizó las altas exigencias constitucionales para presentar iniciativas populares legislativas. Como alternativa se propuso reformar los artículos 161 y

377 de la Const. Política; igualmente se propuso entre otras, analizar la importancia de las *Iniciativas de las Constituyentes Regionales* como un proyectos de participación ciudadana y alternativa para abordar los disímiles conflictos por los que atraviesa la sociedad colombiana. Estos procesos constituyentes buscan darle más poder al ciudadano para que, conjuntamente con los demás actores sociales, proyecten y dirijan los destinos de su comunidad”<sup>511</sup>. Las Constituyentes Regionales no pretenden sustituir al Estado, por el contrario, intentan legitimarlo con acciones concretas y concertadas con todos los actores regionales. La progresiva participación de la población en los mecanismo participativos, abre una nueva posibilidad de legitimación para éstas opciones democráticas, de un lado, y de otro, genera fuertes relaciones con Estado que de canalizarse bien, restituirá una posibilidad más de integración social. Es en los procesos democráticos donde el Estado asume la responsabilidad de impulsar la integración social de una sociedad cada vez más desintegrada. De esta forma, la racionalización de los principios constitucionales y de los derechos fundamentales pone en marcha procesos reflexivos de aprendizaje por parte de los afectados.

13. Por último, la democracia deliberativa defiende una forma de Estado de derecho –expuesto en el tercer capítulo como democracia constitucional deliberativa– cuyo núcleo esencial es la participación política de los ciudadanos. “La idea de Estado de derecho puede desarrollarse, por tanto, recurriendo a los principios conforme a los que se obtiene derecho legítimo a partir del poder comunicativo y éste a través del derecho legítimamente establecido se transforma en poder administrativo”. Acá entra a jugar nuevamente un papel crucial el

---

<sup>511</sup> A manera de ejemplo puede ser ilustrativo el planteamiento de J. Waldron, cuando dice que la participación es “un medio mediante el cual la voluntad del pueblo asegura su propio ejercicio responsable. Waldron, J, *Law and disagreement*, Oxford University Press, 1999. Pág. 260.

principio discursivo al institucionalizar las deliberaciones públicas más relevantes mediante el procedimiento democrático, que al ser interpretado jurídicamente reza: “Solo pueden reclamar legítima validez aquellas leyes jurídicas que pueden encontrar el asentimiento de todos los miembros de una comunidad jurídica en un proceso discursivo de creación del derecho que a su vez haya sido instituido legalmente”<sup>512</sup>.

De lo expuesto se deriva la doble manifestación del derecho: como sistema coactivo de un lado, pero de otro lado estaría uno de los aportes habermasianos insertos en la tensión entre *Facticidad y Validez* constantes en todo el texto: la autonomía privada y la autonomía pública son referentes sine qua non para permitir que sujetos jurídicos puedan darse derechos y, por consiguiente, construir legitimidad. La propuesta del “paradigma discursivo” del derecho expuesto por Habermas, le puede aportar valiosos elementos a la teoría de la argumentación jurídica y de hecho a la “democracia constitucional deliberativa”. El trabajo continuo entre diferentes actores comprometidos con la tarea de construir y fortalecer mecanismos eficaces y justos tendientes a proteger y garantizar los derechos fundamentales es un propósito loable. Sin duda, la democracia deliberativa se erigiría como un modelo y mecanismo jurídico-político en cuyo seno sería muy difícil que los grupos se mantuvieran o perpetuaran y exigiría, de todos modos, un ciudadano más participativo. Hacerla real y efectiva es un reto para el mundo contemporáneo que pretende ser más justo y racional, aunque a veces resulta complejo entenderlo.

El proceso de aprendizaje que se haga de estos planteamientos, tanto en el ámbito constitucional como en el democrático, confirmará o negará la

---

<sup>512</sup> Habermas, *Facticidad y validez...*, op.cit., pág. 160.

validez de los argumentos acá esbozados. Se espera que el contenido de éste trabajo, ofrezca espacios de discusión y reflexión, para una sociedad donde los acuerdos en general no son fundados en razones públicas, sino en intereses estratégicos. Lejos de ser punto final y de plantear dogmáticamente los temas anteriores, este trabajo sólo pretende ofrecer criterios razonables para abordar espacios democráticos deliberativos y los derechos fundamentales.

## **GLOSARIO BÁSICO.**

**Acuerdo.** En el empleo del lenguaje orientado al entendimiento, es la validez que los hablantes a través de los actos de habla pretenden para sus enunciados, permitiéndoles llegar a consensos no distorsionados mediante acciones comunicativas. Este entendimiento lingüístico funciona como mecanismo coordinador de la acción, de modo que los participantes en la interacción se ponen de acuerdo sobre la validez que pretenden para sus actos de habla, es decir, reconocen intersubjetivamente pretensiones de validez, inicialmente susceptibles de crítica.

**Acción comunicativa.** Es la fuerza racionalmente motivadora que pretenden las interacciones comunicativas en un proceso tendiente a la búsqueda de acuerdos. Los participantes en el diálogo acuerdan entre sí sus planes individuales de acción y persiguen, por ende, “sin reserva alguna sus fines ilocucionarios”, esto es, el entendimiento sobre las pretensiones de validez en las que transitan los contenidos proposicionales. Los participantes en la interacción tienen que atribuirse mutuamente la capacidad de responder de sus propios actos y de orientar su acción por pretensiones de validez.

**Acción estratégica.** Persecución irrestricta de intereses egoístas por parte de sujetos que pretenden manipular bajo cálculos premeditados y con el objetivo de perseguir sus propios fines o modificar, la acción de una persona o grupo. La acción estratégica restringe o manipula las interacciones comunicativas que requieren actitud participante. En el aspecto comunicativo la acción estratégica se caracteriza por la suspensión de pretensiones de racionalidad normativa y de consenso quedando anclada a mera transmisión de información.

**Actos de habla.** Emisión lingüística con significado que incluye un contenido proposicional –lo que se dice, o contenido locutivo–, una actitud o acción –lo que hacemos al decirlo, o componente ilocutivo– y un efecto –lo que se pretende, o componente perlocutivo–. Toda emisión o manifestación, para poder ser entendida en una situación dada, tiene que establecer o expresar, por lo menos implícitamente, una determinada relación entre oyente y hablante en esos términos. Por medio de los actos de habla se entablan pretensiones de validez susceptibles de crítica; tienen por meta un reconocimiento intersubjetivo entre las partes, mediado por el lenguaje.

**Acto ilocucionario.** Define la manera en que se utiliza el contenido proposicional inherente de las pretensiones de validez entabladas en los actos del habla –el componente ilocucionario fija en qué sentido se emplea el contenido proposicional–. Cuando la proposición es aceptada, el proceso comunicativo continúa sin mayores problemas, pero si se la rechaza se abren tres opciones: a) dar por terminado el proceso comunicativo con el fracaso respecto a la meta de acceder a un entendimiento; b) mantener el vínculo a través de la coacción, en alguna de sus múltiples formas; c) buscar apoyar la pretensión de validez mediante un proceso de argumentación denominado "discurso". Es esta última alternativa la que defiende Habermas en su propuesta comunicativa.

**Acto locucionario.** Es el componente proposicional de los actos de habla. Hace referencia a oraciones enunciativas que expresan estados de cosas en el mundo objetivo.

**Acto perlocucionario.** Hace referencia a oraciones en las que el hablante busca causar un efecto manipulativo sobre el oyente. El análisis de las oraciones permiten saber cual es la intención que pretende el hablante sobre el oyente; la racionalidad subyacente a dicha acción es la teleológica. Habermas dice que este uso del lenguaje orientado a las consecuencias que se pretenden, yerra el telos de un acuerdo que los participantes en la interacción comunicativa puedan alcanzar entre sí.

**Actitud realizativa.** Se produce en el lenguaje común, y es aquella actitud que, por medio de pretensiones de validez, busca lograr un acuerdo intersubjetivo. –La actitud realizativa no está referida sólo a la búsqueda del acuerdo, también se la puede entender como lo que se hace– Desde la primera opción, implica asumir una posición relevante para la consecución de consensos y base de validez de los actos del habla.

**Colonización del mundo de la vida.** Estrechamiento que ejercen en las sociedades modernas los subsistemas económico y político-administrativo, sustituyendo las acciones del mundo de la vida y de las instituciones socio-culturales por el orden económico, los intereses privados y políticos de la dominación legal, a través del derecho positivo. Se cosifican e instrumentalizan, de esta manera, las relaciones personales e intersubjetivas de la sociedad en general.

**Competencia comunicativa.** Se refiere a la capacidad que tiene el hablante no sólo para producir oraciones correctas gramaticalmente, sino para seleccionar el contenido proposicional de forma que refleje



una experiencia o un hecho, de modo que el oyente pueda compartir el saber del hablante.

**Consenso.** Se alcanza sólo en virtud de la “fuerza del mejor argumento”. En este sentido, un consenso está “racionalmente motivado”, sólo si se encuentra precedido de los mejores argumentos. Todo acuerdo alcanzado argumentativamente depende de tomas de postura de afirmación y negación frente a pretensiones de validez susceptibles de poder aceptarse o rechazarse. El consenso como estabilizador no coactivo de las expectativas de comportamiento, se ve amenazado cuando las operaciones explícitas de entendimiento se tornan problemáticas y, cuando no es posible en el contexto del mundo de la vida donde se encuentra inserta la acción comunicativa, proporcionarle el respaldo mediante consensos lo más amplios posibles.

**Deontología.** La dimensión de las normas que tiene que ver con el deber, con su obligatoriedad. Las éticas modernas suelen considerarse deontológicas, a diferencia de las clásicas que, al centrarse en la vida buena, son teleológicas. En Habermas las acciones de los individuos son válidas siempre y cuando se sometan a las reglas y principios acordados discursivamente y de manera racional.

**Giro lingüístico.** Significó un cambio en la filosofía del siglo XX, al centrar el estudio de la racionalidad humana en el lenguaje y la comunicación. El paso de la subjetividad a la intersubjetividad supone el abandono de la filosofía de la ‘conciencia’ –limitado a la relación sujeto-objeto– y su sustitución por un paradigma centrado en el

lenguaje; éste pasa a erigirse como mecanismo de entendimiento intersubjetivo y de acceso al conocimiento y de la interpretación social regida por normas fundamentadas discursivamente. Con el giro lingüístico, a partir de Wittgenstein y Heidegger, se amplía y modifica la posibilidad de fundamentar racionalmente el discurso.

**Legalidad: (regla Instituida – facticidad).** Para Habermas la legalidad no significa otra cosa que la concordancia normativa de un orden jurídico fácticamente existente positivizado mediante procedimientos democráticos. Este, a su vez, ha de retomar su justificación en desarrollos comunicativos. La legalidad procura legitimidad si y sólo si pueden aducirse razones a favor de su justificación .

**Opinión pública.** Espacio democrático comunicacional en el cual fluyen diversos contenidos y tomas de posición de diferente índole; en él se filtran y sintetizan los flujos de comunicación libres de coacción e interferencia por parte del Estado. La opinión pública debe estar abierta a todos los ciudadanos en igualdad de condiciones, allí pueden expresar sus diversas opiniones sobre asuntos de interés general, con el fin de permear los órganos que toman las decisiones.

**Mundo de la vida.** Concepto acuñado por el fenomenólogo E. Husserl. Se refiere al trasfondo prerreflexivo en el cual transcurre nuestra vida común. Comprende todas las actividades sociales que a diario realizan los individuos como parte activa de la comunidad de hablantes. Para Husserl no es posible encontrar la esencia del hombre en los individuos aislados, porque la unión de la persona humana con su

genealogía y con su sociedad es esencial y, por tanto, se debe conocer la naturaleza de esta vinculación si se quiere llegar a conocer la esencia del hombre. Para Habermas, en el mundo de la vida los sujetos buscan el entendimiento; éste se comprende como la obtención de un acuerdo entre los participantes acerca de la validez de una emisión discursiva .

**Política deliberativa.** Es un mecanismo participativo con el que cuentan los ciudadanos para hacer oír sus voces en los escenarios públicos. Pretende influir en la toma de decisiones que realizan los órganos administrativo, legislativo y judicial de un Estado democrático de derecho. Los ciudadanos deben contar con mecanismos políticos y jurídicos que les permitan, bajo condiciones imparciales, institucionalizar sus demandas y recibir protección y garantía de sus derechos fundamentales

**Principio discursivo.** Constructo ideal que pretende erigirse como mecanismo reflexivo para la fundamentación y aplicación de normas. La validez de una norma depende de su legitimidad y aceptabilidad por todos los afectados bajo condiciones de formación discursivas de la voluntad común. Éste reza de la siguiente forma: “una norma sólo puede considerarse válida si pudiera encontrar el asentimiento en el círculo de los afectados bajo condiciones de una formación discursiva de la voluntad común”.

**Pragmática universal.** Teoría filosófica que establece la competencia comunicativa de los sujetos capaces de lenguaje y acción y que, actúa como modelo teórico que permite abstraer el sistema de reglas que

puedan ser tomadas como referentes por sujetos con capacidad de poder expresarse lingüísticamente en un contexto cualquiera. Se propone develar condiciones de posibilidad y las reglas para dar cuenta de los significados de las oraciones en cualquier acto de habla. Así pues, la tarea inicial de la pragmática universal es la reconstrucción e identificación de las “presuposiciones generales de las acciones de habla consensuales” y de las condiciones universales del entendimiento posible. En el mundo secularizado todo proceso comunicativo ha de guiarse por acciones tendientes a la búsqueda de acuerdos no ya sólo de corte subjetivo. Dichos acuerdos forman la “pragmática universal” y permiten que el entendimiento trascienda para poder entender el código lingüístico utilizado por el “otro” para establecer relaciones intersubjetivas.

**Pretensiones de validez.** Potencial de razones que poseen los hablantes en un diálogo con el fin de aprobar o rechazar un enunciado. Las pretensiones de validez forman parte de la racionalidad comunicativa; persiguen estándares básicos de racionalidad que comparten los hablantes en un diálogo. Esto significa que aquél que comprende la relación interna entre los requisitos de *validez* y el compromiso respecto a dar y recibir argumentos, se está comportando racionalmente, y no solamente en una dimensión de relaciones lógicas entre proposiciones y acciones, sino también en una dimensión de relaciones dialógicas entre diferentes hablantes.

**Situación ideal del habla.** Modelo teórico de resolución discursiva de las pretensiones de validez que consiste en el conjunto de propiedades y reglas formales que los argumentos discursivos deben poseer, si se

ha de distinguir claramente el consenso que ellos producen de un mero compromiso o acuerdo de convivencia estratégico. Espacio comunicacional libre de interferencias e influjos externos contingentes. Excluye la coacción y las distorsiones sistemáticas de la comunicación; pretende que todos los participantes en el diálogo tengan las mismas oportunidades simétricas que los demás.

**Validez. (Asociada a Legitimidad).** Habermas vincula ésta a su teoría de la acción comunicativa. La pretensión de validez de una norma *consiste* en su potencialidad para ser reconocida; debe poder resolverse discursivamente y merecer reconocimiento por parte de los afectados en las interacciones comunicativas. La validez incluye la acción normativa ligada a los acuerdos razonables, lo que supone no sólo la imposición coercitiva por parte del Estado, sino que incluye también la manera como ésta se liga a la legitimidad de las leyes. La

validez funciona como fundamento del consenso normativo racionalmente motivado.

## **BIBLIOGRAFÍA GENERAL**

### ***OBRAS DE HABERMAS UTILIZADAS EN ESTE TRABAJO \****

Habermas, J, *Tiempo de transiciones*, Madrid,Trotta, 2004.

----- “La filosofía en una época del terror” en Borradori, Giovanna, *Diálogos con Jürgen Habermas y Jacques Derrida*, Taurus, 2003.

-----“El derecho internacional en la transición a un contexto postnacional”. Conferencia pronunciada en el Centro de Cultura Contemporánea de Barcelona, octubre de 2003. Trad. José Antonio Gimbernat.

----- “Nuestro breve siglo”, en internet, 2003. Traducción de José María Pérez Gay.

----- *El futuro de la naturaleza humana*, Paidós, 2002.

----- *Verdad y justificación*, Trotta, 2002.

----- *Aclaraciones a la ética del discurso*, Trotta , 2000.

----- *La Constelación Posnacional*, Paidós, 2000.

----- *La Inclusión del Otro. Estudios de teoría política*, Paidós, 1999.

----- “Democracia, Derechos Humanos y Soberanía Popular. Las versiones liberal y republicana”, en *La Democracia en sus textos*, Alianza, 1999.

----- “Reply to Symposium Participants, Benjamin N. Cardozo School of Law”. En Arato, A. and Rosenfeld, M. (ed). *Habermas on Law and Democracy*. Berkeley, California University Press, 1998.

----- “El nexo interno entre Estado de Derecho y Democracia”, en José Antonio Gimbernat, (ed.) *La Filosofía Moral y Política de Jürgen Habermas*, Biblioteca Nueva, Madrid, 1997.

----- *Facticidad y Validez*. Sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso, Trotta, 1998.

----- R. Dworkin y K. Günther “¿Impera el derecho sobre la política?”, *La política*, 1998.

- *Tres modelos de Democracia. Sobre el concepto de política Deliberativa*, Universidad de Valencia, 1994.
- "Justice and solidarity", in Fisk, M, (edi.); *Justice and solidarity*. Press, New Jersey, 1993.
- *Ciudadanía política e Identidad Nacional*, Universidad de Barcelona, 1993.
- *Pensamiento posmetafísico*, Taurus, 1990.
- *La necesidad de la revisión de la izquierda*, Tecnos, 1991.
- *Escritos sobre moralidad y eticidad*, Paidós, 1991.
- "Derecho y Moral. Acerca de la idea del estado de derecho" En: David Sobrevilla (Comp.), *El Derecho, la Política y la Ética*, Siglo XXI, México, 1991.
- *Teoría de la Acción Comunicativa: Complementos y Estudios Previos*, Cátedra, 1989.
- " Réplica a objeciones", en *Teoría de la acción comunicativa: Complementos y estudios previos*, Cátedra, 1989.
- *El discurso filosófico de la modernidad*, Taurus, 1989.
- "¿ Cómo es posible la Legalidad por medio de la Legalidad?" , Doxa, 1988.
- "Cuestiones y contracuestiones", en *Habermas y la modernidad*, Cátedra, 1988.
- *La lógica de las ciencias sociales*, Tecnos, 1988
- *Conciencia Moral, y Acción Comunicativa*, Península; Barcelona, 1985.
- *Teoría de la Acción Comunicativa*, t. I, Taurus, Madrid. 1987.
- *Teoría de la acción Comunicativa*, t. II, Taurus, 1987.
- "La desobediencia civil. Piedra de toque del Estado democrático de derecho", en *Ensayos políticos*, Península, 1987.
- *Teoría y praxis. Estudios de filosofía social*, Tecnos, 1987.



----- *La reconstrucción del materialismo histórico*, Taurus, Madrid, 1985.

----- *Ciencia y técnica como ideología*, Madrid, Tecnos, 1984

----- *Conocimiento e interés*, Taurus, 1982.

----- *Historia y crítica de la opinión pública*, Gustavo Gili, Barcelona, 1982.

----- *Problemas de legitimación en el capitalismo tardío*, Amorrortu, Buenos Aires, 1975.

**\* Se da cuenta solo de las obras y las ediciones empleadas.**

#### *BIBLIOGRAFÍA SECUNDARIA.*

Aarnio, Aulis, *Lo Racional como Razonable*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

Ackerman, B, *La política del Diálogo Liberal*, Gedisa, 1999.

----- "Tres concepciones de la democracia constitucional", *Cuadernos y Debates*, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

Aguila, R, *Manual de ciencia política*, Trotta, 1997.

Aguiló, J, *La constitución en el Estado constitucional*, Temis, Bogotá, 2004.

Alexy, R Alexy, R, Prólogo a *El concepto de los derecho sociales fundamentales*, en Rodolfo Arango, Universidad Nacional de Colombia, 2005.

-----"Derechos fundamentales y Estado constitucional democrático", en Miguel Carbonell (editor), *Neoconstitucionalismo*, Trotta, 2003.

-----*La pretensión de corrección del derecho. La polémica sobre la relación entre derecho y moral*, Universidad externado de Colombia, 2001.

-----"Sobre la constitución del Estado constitucional", *Doxa* 24, 2001.

----- " La tesis del caso especial", Revista *Isegoría* Nro. 21, 1999.

----- *El concepto y la Validez del Derecho*, Barcelona, Gedisa, 1994.

----- *Teoría del discurso y derechos fundamentales*, Universidad externado de Colombia, 1994.

----- *Teoría de los Derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

----- *Teoría de la Argumentación Jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.

----- "Sistema Jurídico, principios jurídicos y razón práctica", *Doxa*, Nro. 5, 1988.

Amaya, Pedro (director). *Colombia un país por Construir*. Bogotá: Editorial Unibiblos, 2000.

Arango, R “La protección nacional e internacional de los derechos humanos sociales”, en M. A. Alonso (Ed.). *Ciudadanía y derechos humanos sociales*, Bogotá, ENS, 2001.

----- *¿Hay respuestas correctas en el derecho?* Siglo del hombre Editores, Bogotá, 1999.

Aragón, M, *Constitución y Democracia*, Tecnos, Madrid, 1989.

Arato, Andrew and Rosenfeld, Michael (eds). *Habermas on Law and Democracy: Critical Exchanges*. Berkeley, California University Press, 1998.

-----“Emergencia, declive y reconstrucción del concepto de sociedad civil. Pautas para análisis futuros”. En: Revista *Isegoría* No. 13. 1997.

----- A. Arato, Cohen, J. L, *Civil Society and Political Theory*, Cambridge, MIT Press. 1992

Araújo, Rentería, Jaime, *El referendo en Colombia*, Ecoe ediciones, 2000.

Arendt, H, *Qué es la Política*. Barcelona. Paidós, 1997.

----- *La condición humana*, Paidós, 1993.

----- *Los Orígenes del Totalitarismo*, Taurus, 1974.

Asís Roig. Rafael, "Derechos humanos, inmigración y solidaridad", en Revista *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, nro. 7/2003.

----- *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*, Debate, Madrid, 1992.

----- *Una aproximación a los Modelos de Estado*, Dykinson, Madrid, 1999.

----- *Sobre el concepto y el fundamento de los derechos: Una aproximación dualista*. Dykinson, 2001.

Atienza, M, *Derecho y argumentación jurídica*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1997.

----- "Entrevista a R. Alexy", en Revista *Doxa* Nro. 22, 2001,

----- *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, C. E.C. 1991.

----- "Para una razonable definición de lo razonable", en Revista *Doxa*, Nro 4, 1989.

Barber, B, "Democracia fuerte" , en Rafael de Águila, Fernando Vallespín Editores. *La Demoracia en sus textos*, Alianza Editorial, 1998.

Bárcena, Fernando. *El oficio de la ciudadanía*. Barcelona. Paidós. 1997

Barranco, Aviles, M, *La teoría jurídica de los derechos fundamentales*. Dykinson, 1999.

Barry, B, *La justicia como imparcialidad*, 1995.

Bejar, Elena, *El corazón de la República, avatares de la virtud política*, Paidós, 2000.

Bejarano, Jesús. “Ensanchando el Centro: El papel de la Sociedad Civil en el Proceso de Paz” . En: Monsalve, Alfonso y Dominguez, Eduardo (editores). *Colombia: Democracia y Paz*. Medellín: Universidad Pontificia Bolivariana, 1999.

Benhabib, S, “Toward a deliberative model of democratic legitimacy”, en *Democracy & Difference*. Princeton University Press, 1996.

-----“El reluctant modernismo de Hannah Arendt. El diálogo con Martín Heidegger”, Valencia, *Utopías*, 1996.

-----“Situating the Self. Gender Community and Postmodernism”, in *Contemporary Ethics*, New York: Routledge, 1992a.

-----“Models of Public space. Hannah Arendt, the liberal tradition and Jürgen Habermas”, en Calhoun, Craig (Ed.) *Habermas and the public Sphere*, Cambridge, MIT. Pres, 1992b.

----- “Liberal dialogue versus critical theory of discursive legitimation”, en Nancy Rosemblum (Ed.), *Liberalism and themoral life*, Harvard University prees, 1989.

----- *Critique, Norm and Utopia. A Study of foundations of critical theory*, New York, Columbia University Prees, 1986.

Bernal, C, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos, Madrid, 2003.

Bonamusa Margarita “¿Qué es la sociedad civil?": una mirada a Colombia. En *Sociedad civil, control social y democracia participativa*. FESCOL. 1997

Bobbio, N, *Estado, Gobierno y sociedad. Por una teoría general de la política*. F. C. E. 2000.

----- *Sociedad y Estado en la Filosofía Moderna. El modelo lusnaturalista y el modelo hegeliano-Marxiano.* Fondo de Cultura Económica. 1997

----- *La teoría de las formas de gobierno en la historia del pensamiento político* F. C. E. 1997.

----- *Thomas Hobbes*, FCE, 1992

----- *El tiempo de los derechos*, Sistema, 1991.

----- *El futuro de la Democracia*, Plaza y Janés, 1983.

Böckenförde, E. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia*, Trotta, 2000.

Bohman, James, *Public Deliberation. Pluralism, Complexity and Democracy*, Cambridge, Massachussetts, MIT Press, 1996.

Boladeras, M, *Comunicación, Ética y Política: Habermas y sus críticos*, Tecnos, 1996

Borradori, Giovanna, *Diálogos con Jürgen Habermas y Jacques Derrida*, Taurus, 2003.

Bovero, Michelangelo, "Democracia y derechos fundamentales", en *Revista Isonomía*, Nro. 16, 2002.

Calhoun, Craig, *Habermas and the public Sphere*, Cambridge, MIT. Pres, 1992

Cascajo, José L, *La tutela de los derechos sociales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988.

Carens, Joseph, "Inmigración y justicia ¿ A quién dejamos pasar?" En *Isegoría*/26, 2002.

Chinchilla, Herrera, T, *¿Qué son y Cuáles son los Derechos Fundamentales?*, Temis, Bogotá, 1999.

Cohen, J, "Reflections on Habermas democracy", *Ratio Juris*, Vol. 12, Núm. 4, 1999.

Colombo, Ariel, *Desobediencia Civil Y Democracia Directa*, Trama editorial/ Prometeo libros, 1998.

Courtis, C, Abramovich, V, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, 2002.

Cortés, F & Monsalve , A, *Liberalismo y Comunitarismo: Derechos Humanos y Democracia*, Valencia, Colciencias, Alfons El Magnàniman, 1996.

Crossley, Nick and John Michel R, *After Habermas: new perspectives on the public sphere*, Oxford: Blacwell publishing, 2004.

Da Silveira Pablo y Wayne Norman, "Rawlsianismo metodológico. Una introducción a la metodología dominante en la filosofía política contemporánea" en *Revista Internacional de Filosofía Política*, 1995.

Dahl, R. A, *La democracia y sus críticos*, Paidós, 1992.

Delgado Pinto, J, "Sobre vigencia y validez", en *Revista Doxa*, 7, 1990.

De Lora Deltoro, Pablo, *La interpretación originalista de la Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998.

De Lucas, Javier, "30 propuestas para una política de inmigración", En *Claves de razón práctica*, 2002, nº 121.

----- "La herida original de las políticas de inmigración. A propósito del lugar de los derechos humanos en las políticas de inmigración", en *Isegoría*, 26. 2002.

----- *El desafío de las fronteras, derechos humanos y xenofobia frente a una sociedad plural*, Temas de Hoy, 1994.

De Otto, I, *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes*, Centro de Estudios Constitucionales, 1987.

De Muralt, André. *La estructura de la filosofía política moderna*. Madrid, ISTMO, 2002.

Doxa. *Revista de filosofía del derecho*, nro. 5, 1988. –Habermas y la filosofía del derecho-.

Díaz, E, *Estado de derecho y sociedad democrática*, Taurus, 1986.

----- "Filosofía del derecho: legalidad-legitimidad" en Javier Muguerza y Pedro Cerezo (edi). *La Filosofía hoy*, Crítica, 2000

----- y José Luis Colomer (Eds.) *Estado, justicia, derechos*, Alianza, 2002.

Dussel, E, *Ética de la liberación*, Trotta, 2000.



Durango, Gerardo “Los derechos fundamentales en la perspectiva habermasiana”, en Revista *Círculo de Humanidades*, Nro. 21-22. Universidad Autónoma Latinoamericana, Medellín–Colombia, 2002.

Duverger, M, *Instituciones políticas y derecho constitucional*, Ariel, 1978.

Dworkin, R, *Los Derechos en serio*, Ariel, cuarta reimpresión, 1999.

-----*El Imperio de la Justicia*, Barcelona, Gedisa, 1998.

----- *La Comunidad Liberal*, Universidad de los Andes, Bogotá, 1996.

----- *Ética privada e igualitarismo político*, Paidós, 1990.

----- “Equality democracy, and constitution: we the people in court”, en *Law Review*, vol XXVII nro. 2, 1990.

Elster, Jon, *La democracia deliberativa*, Gedisa, 2001.

----- *Constitución y Democracia*, F.C. E, México, 1999.

----- “ Régimen de Mayorías y Derechos Individuales”, en Stephen Shute y Susan Hurley, *De los Derechos Humanos*, Trotta, 1998.

Ely, J. H, *Democracy and Distrust*, Cambridge, 1981.

Fals Borda, O, “La participación popular en Colombia”, en Revista *Análisis Político*, 1996.

Ferrajoli, L, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, 2001

----- *Derechos Y Garantías, la Ley del más débil*, Trotta, 1999.

----- “El Estado Constitucional de Derecho Hoy”, Perfecto Andrés Ibañez (ed), en *Corrupción y Estado de Derecho*, Trotta, 1996.

----- *Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal*, Trotta 1995.

Fernández, E. “Estado sociedad civil y democracia”, en *Valores, derechos y Estado a finales del siglo XX*, Dykinson, Madrid, 1996.

----- *Teoría de la justicia y derechos humanos*, Debate, 1984.

Ferreres Comella, Victor. *Justicia Constitucional y Democracia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

Flisfisch, Ángel *La política como compromiso democrático*, Madrid, Centro de investigaciones sociológicas. 1987.

Fioravanti, M, *Los derechos fundamentales. Apuntes de Historia de las Constituciones*, Trotta, 1996.

Fishkin, James. *Democracia y Deliberación*, Ariel, 1995.

Fraser, N, “Rethinking the public sphere: a Contribution to the critique of actual existing democracy”, en Calhoun, ed. *Habermas and the public sphere*, Cambrigde, MIT Press, 1992. Publicado en Español por la revista *Sistema*, Ecuador, 2001.

Gabas, Raúl, J. *Habermas: dominio técnico y comunicación lingüística*, Ariel, 1980.

Gallón Gustavo, *Quince años de Estado de sitio en Colombia: 1958–1978*. Bogotá, Uniandes. 1998.

García Amado, J, “¿por qué no tienen los inmigrantes los mismos derechos que los nacionales?”, En Revista *Cuadernos electrónicos de filosofía del derechos*, Nro.7/2003.

----- “La filosofía del derecho de J. Habermas” , Revista Doxa Nro. 13, 1993.

----- “La teoría de la argumentación jurídica: Logros y carencias” 2001, en Revista Valparaíso, Chile.

----- “Habermas y el derecho”, en *El derecho en la Teoría social. Diálogo con catorce propuestas actuales*, Dykinson, 2001.

Garzón Valdés, E, *Derecho, ética y política*, CEC, 1993.

----- “El papel del poder judicial en la transición a la democracia”. En Revista *Isegoría* Nro. 18, 2003.

Gaviria Díaz, Carlos, *Sentencias herejías constitucionales*, FCE, 2002.

García de Enterría, Eduardo, *Democracia, Jueces y control de la administración*, Madrid, Civitas, 1995.

García Marzá, D, *Ética y justicia: J. Habermas y la ética discursiva*, Tecnos, 1992.

Gargarella, R. “La comunidad igualitaria y sus enemigos. Liberalismo, republicanismo e igualitarismo”, en Andrés Hernández (ed), *Republicanismo Contemporáneo*, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2002.

----- “El ideal de la democracia deliberativa en el análisis del sistema representativa”, en Revista *Nueva Sociedad*, 1999.

----- *La justicia Frente al Gobierno*, Ariel, 1996.

Giraldo, Fernando y Solano, Mauricio (Edi.) *Partidos, Reforma Política y Referendo*. Bogotá. Ed. Ceja. 2003.

Gómez Sánchez, Carlos: 'La Escuela de Francfort: Jürgen Habermas', en F. Vallespín, ed., *Historia de la Teoría Política*, vol. VI, Alianza, Madrid, 1995.

Guastini, Riccardo, *Distinguiendo, Estudios de teoría y metateoría del derecho*, Gedisa, 1999.

Günther, K, "Un concepto de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica", en Revista *Doxa* Nro. 17, 1995.

----- *The sense of appropriateness, Application Discourses in Morality and Law*, University of New York Press, Albany, 1993.

Gutmann, Amy, "Deliberative Democracy and Majority Rule", *En Deliberative Democracy And Human Rights*, New Haven and London. 1999.

Grondona, Mariano. *Los pensadores de la Libertad. De Jhon Locke a Robert Nozick*. Buenos Aires. Editorial Sudamericana. 1986.

Häberle, P. *Pluralismo y constitución. Estudios de Teoría Constitucional de la sociedad abierta*, Tecnos, 2002.

----- *Retos actuales del Estado constitucional*, Grafo, S.A, Oñati, 1996.

Hart, H. L. *El concepto del derecho*. Buenos Aires. 1963.

Held, D, *Modelos de democracia*, Alianza, 2001.

----- *Democracia y el orden global. Del Estado moderno al Estado global.* Paidós, 1997.

----- *Introduction to Critical Theory*, Londres, 1980.

Hobbes, Th, *Leviatán*, Ed. Nacional. 1983.

Höffe, O, *Justicia política*, Paidós, 2002.

Husserl, E. *Ideas relativas a una fenomenología pura y una filosofía fenomenológica.* Trad. José Gaos. México: Fondo de Cultura Económica, 1997

Jiménez Campo, J, *Derechos fundamentales, Concepto y garantías*, Trotta, 1999.

Jiménez Redondo, y Martínez, F, *Metafísica y política en la obra de Jürgen Habermas*, Fundación de Investigaciones Marxistas, 1994.

----- ¿"Es posible una teoría unitaria y consistente de los capítulos constitucionales relativos a derechos fundamentales"? en *Revista Doxa* Nro. 5, 1988.

Kant, I, *La Metafísica de las Costrumbres*, Tecnos, Madrid, 1989.

Kelsen, H, *Teoría pura del derecho*, México, Unam, 1982.

----- *Teoría General del Estado*, México, 1974.

Kymilcka W., Norman W.: "El retorno del ciudadano. Una revisión de la producción reciente en teoría de la ciudadanía". En *Revista Ágora*. N°7. 1997.

Kriele, Martín, *Introducción a la Teoría del Estado: Fundamentos Históricos de la legitimidad del Estado Constitucional Democrático*, Trad. Eugenio Bulygin, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1980.

Lafont, Cristina, *The linguistic turn in hermeneutic philosophy*, Cambridge, Mass, 1999.

----- "Dilemas en torno a la verdad", en Revista *Theoría*, Nro. 23, 1995.

----- *La razón como lenguaje. Una revisión "del giro lingüístico" en la filosofía del lenguaje alemana*, Madrid, Visor, 1993.

Laporta, F, "El cansancio de la democracia", en *Revista Claves de Razón Práctica*, Nro.99, 2000.

----- "Imperio de la Ley. Reflexiones sobre un punto de partida en Elíaz Díaz", en *Doxa*, Núm. 15-16, 1994.

Lechner, Norbert. *Los patios interiores de la democracia*. Santiago de Chile, FLACSO. 1988.

Linfante Vidal, Isabel. *La interpretación jurídica en la teoría del Derecho contemporáneo*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999.

Locke, J, *Segundo tratado sobre el gobierno civil*, Alianza, 1994.

López Calera, Nicolás, *El nacionalismo, ¿culpable o inocente?*, Madrid, Tecnos, 1995.

López Sala, Ana M, "Los retos de la inmigración", en Revista *Isegoría*/26, 2002, pág. 87.

Macintyre, A, *Tras la Virtud, Barcelona*, Crítica, 1988.

----- *Tres versiones rivales de la ética*, Ediciones Rialp, Madrid, 1992.

Manin, B, *Los principios del gobierno representativo*, Alianza, 1998.

Máiz, Ramón. *Teoría políticas contemporáneas*. Valencia. Editorial Tirant lo Blanch. 2001.

----- “Poder, legitimidad y dominación”, en *Teoría Política: poder, moral, democracia*, Alianza Editorial, 2003.

Mardones, José M, “La filosofía política del primer Habermas”, en José María González y Fernando Quesada (edi.) *Teorías de la democracia*, Anthropos, 1988.

McCarthy, T, “Constructivismo y reconstructivismo Kantianos: Rawls y Habermas en diálogo” , en José Antonio Gimbernat, (ed.) *La filosofía Moral y Política de Jürgen Habermas*, Biblioteca nueva, 1997.

----- “Unidad en la diferencia: Reflexiones sobre el derecho cosmopolita”, en Revista *Isegoría*, nro. 16, 1997

----- “ La pragmática de la razón comunicativa”, en Revista *Isegoría*, nro. 8, 1993.

----- *Ideales e Ilusiones*, Tecnos, 1992.

----- *La Teoría Crítica de Jürgen Habermas*, Tecnos, 1987

----- “Reflexiones sobre la racionalización en la Teoría de la Acción Comunicativa”, en *Habermas y la modernidad*, Cátedra, 1980.

Malen, Jorge y otros, *La función judicial*, Gedisa, 2003.

Mejía Quintana, Oscar. *Derecho, legitimidad y democracia deliberativa*. Bogotá: Temis. 1998.

----- y L. Rivas. 1998. "Consenso y opinión pública o regla de mayoría". En Pensamiento Jurídico No. 8. Teoría del Derecho. En Revista *Teoría del Derecho y Análisis Jurídico* de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia. Bogotá. 1998.

Monsalve, S. Alfonso, *Estado, Sociedad Internacional y Derechos Humanos en un Mundo Globalizado . Un Estudio desde la ética argumentativa*, Editorial Universidad de Antioquia, 1998.

Montesquieu. *El espíritu de las leyes*, 13ª. Edición, Porrúa, México, 2000, libro XI.

Moreso Mateos, J. *La indeterminación del derecho y la interpretación de la constitución* , Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997.

Muguerza Javier, "De la conciencia al discurso: ¿ un viaje de ida y vuelta? Algunas reflexiones en torno a la teoría de los usos de la razón práctica de Jürgen Habermas", en J. A. Gimbernat (ed.), *La filosofía política de Jürgen Habermas*, Biblioteca Nueva, 1997.

----- *Desde la perplejidad. (Ensayos sobre la ética, la razón y el diálogo)* FCE, 1990.

----- "La alternativa del disenso", en Muguerza Javier y otros, *El fundamento de los derechos humanos*. Debate, 1989.



Michelman, F, "Constitutional authorship", en Alexander, L (ed.), *Constitutionalism: philosophical Foundations*, Cambridge University Press, 1998.

Nino, S, *La constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, 1997.

----- *Ética y Derechos Humanos*, Ariel, 1989.

O'Donnell, Guillermo, *Sobre el Estado burocrático-autoritario de 1972*, Buenos Aires. Paidós, 1972.

Offe, C, *Partidos políticos y nuevos movimientos sociales*. Ed. Sistema, Colección Política, Madrid, 1992.

Olson, Kevin, "Democratic inequalities: The problem of equal citizenship in Habermas's democratic theory", en *Constellations*, Vol. 5, Nro. 2, 1998.

Palombella, Gianluigi. *Constitución y Soberanía. El Sentido de la Democracia Constitucional*. Comares, Granada, 2000.

Peces-Barba, Gregorio, *Historia de los derechos fundamentales, Tránsito a la modernidad*, Madrid, Dykinson, 1998.

----- *Los derechos sociales, económicos y culturales: apuntes para una formación histórica*, Ministerio de trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1996.

----- *Los valores superiores*, Tecnos, 1984.

Pécaut, Daniel. *Violencia y política en Colombia. Elementos de reflexión*. Medellín, Hombre nuevo Editorial. 2003.

Peña Freire, A. *La garantía en el Estado Constitucional de derecho*, Trotta, 1997.

Pérez Luño, A, "Diez tesis sobre la titularidad de los derechos colectivos", texto presentado en el seminario *Derechos colectivos*, Universidad Carlos III, Madrid, 2001.

----- *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, 1995.

----- *La Seguridad jurídica*, Ariel, 1994.

----- "El concepto de igualdad como fundamento de los derechos económicos sociales y culturales", *Anuario de Derechos Humanos*, No 1, 1981.

Pérez, Juan Manuel, *Contrato social y obediencia al derecho en el pensamiento de John Rawls*. Comares, Granada, 1997.

Pettit, Philip, *Republicanism. Una Teoría Sobre la Libertad y el Gobierno*. Paidós, 1999.

Presno Linera Miguel, *Los partidos y la distorsiones jurídicas de la democracia*, Ariel, 2000.

Prieto Sanchís, L, *Sobre principios y normas. Problemas del Razonamiento Jurídico*, Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

----- *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 1990.

Prieto Navarro, Evaristo, *Jürgen Habermas: acción comunicativa e identidad política*, C.E.C, Madrid, 2003.

Rabotnikof, Nora, "El espacio público", en Revista *filosofía política I*, Trotta, 1997.

Rawls, J "Una revisión de la idea de la razón pública" en *El derecho de Gentes*, Paidós, 2001.

----- *Lectures on the History of moral philosophy*, Harvard University Press, Cambridge, 2000.

----- *The law of the peoples*. Harvard University Press, Cambridge, 1999.

----- "El Derecho de Gentes", en Stephen Shute y Susan Hurley, *De los Derechos Humanos*, Trotta, 1998.

----- *Liberalismo Político*, F.C.E, México, 1996.

----- *Debate sobre el liberalismo político*, J. Habermas/ J. Rawls, Paidós, 1995.

----- *Justicia como equidad. Materiales para una teoría de la justicia*, Técno, 1986.

----- *Una teoría de la justicia*, F.C.E., 1978.

Rodríguez, Toubes, J, *La razón de los derechos*, Tecnos, 1995.

Rosales, José M, *Patriotismo nacional y ciudadanía*, universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1997

Rorty R, " Derechos humanos, Racionalidad y sentimentalidad", En Shute, S. Y Hurley, S, *De los derechos humanos*, Trotta, 1998.

----- *El giro lingüístico*, Paidós/ICE-UAB, 1990.

----- *la filosofía y el espejo de la naturaleza*, Madrid, Cátedra, 1985.

Rosemblum, N, (Ed.), *Liberalism and themoral life*, Harvard University prees, 1989.

Rousseau, J. J, *El contrato Social*, Taurus, 1969.

Rubio-Carracedo. *Retos pendientes en ética y política*, Trotta, 2002.

----- *Educación moral, posmodernidad y democracia*, Trotta, 1996.

----- *Paradigmas de la Política. Del Estado Justo al Estado Legítimo*, Barcelona, Anthropos, 1990.

Rubio Llorente, *Derechos fundamentales y principios constitucionales*, Ariel, 1995.

Rujana Quintero, M. (Compilador). *Reflexiones Jurídicas*, Siglo del Hombre Editores, 2003.

Sáchica Aponte, Luis “El Poder Popular en la Constitución de 1991”. en: Revista *Academia Colombiana de Jurisprudencia*. No. 319, santa Fe de Bogotá.

Sandel Michel, *El liberalismo y los límites de la justicia*, Gedisa, 2000.

Santos, Boaventura y García, Mauricio, *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, Siglo del Hombre, Bogotá, 2002.

----- *Reinventar la democracia. Reinventar el Estado*. Sequitur, Madrid, 1999.

Sauca, J. M, (Ed). *Problemas actuales de los derechos fundamentales*, Universidad Carlos III- Boe, 1994.

Sartori, G, *Partidos y sistemas de partidos: marco para un análisis*. Alianza, 2000.

-----“En defensa de la representatividad política” en *Revista Claves de Razón Práctica*, Nro. 91, 1999.

----- *Teoría de la democracia*, Alianza, 1988.

Schmitt, C, *Teoría de la Constitución*, Alianza, 1983.

Schumpeter, J, *Capitalismo, socialismo y democracia*, Orbis, Barcelona, 1983.

Schneider, Hans Peter, *Democracia y constitución*, C. E. C. 1991.

Searle, J, *Actos de habla, ensayo de filosofía del lenguaje*. Cátedra, Madrid, 1990.

Serrano, Enrique, *Legitimación y racionalización. Weber y Habermas: la dimensión normativa de un orden secularizado*, Unam/Anthropos, 1994.

Serrano, José Luis, *Validez y vigencia. La aportación garantista a la teoría de la norma jurídica*. Trotta, 1999.

Singer, P, *Democracia y desobediencia*, Ariel, 1985.

Sotelo, Ignacio, “El pensamiento Político de J. Habermas” , en José Antonio Gimbernat (ed.) *La filosofía Moral y Política de J. Habermas*, Biblioteca Nueva, 1997.

Stephen, Holmes, The previous commitment and the paradox of democracy, in *Constitutionalism and Democracy*, Cambridge, 1988.

Suárez, José, O, *Filosofía Política Norteamericana*, Universidad Pontificia Bolivariana, Colombia, 1999.

----- *Syllabun: sobre la filosofía política*, Medellín, U.P.B, 2003.

Sunstein, Cass, “Sustituir unos riegos de salud por otros” en Jon Elster, compilador. *La democracia deliberativa*, Gedisa, 2001.

Taylor, Ch, *Multiculturalismo y la política de reconocimiento*, FCE, México, 1998.

----- *Fuentes del yo*, Barcelona, Paidós, 1996.

----- “Identidad y reconocimiento”, en *Revista Internacional de Filosofía Política*, Nro. 7, 1996.

Thiebaut, Carlos, “Charles Taylor: democracia y reconocimiento”, en Ramón de Maíz (comp.), *Teorías políticas contemporáneas*, Tiran lo Blanch, Valencia, 2001.

----- *Vindicación del ciudadano, Un sujeto reflexivo en una sociedad compleja*, Paidós, 1998.

----- “Democracia y diferencia: un aspeo del debate sobre el multuculturalismo”, en *Anales de la Cátedra Francisc Sáez*, Nro. 31, 1994.

----- *Los límites de la Comunidad*, Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

Tugendhat, E, *Lecciones de ética*, Gedisa, 1997.

----- *Problemas de ética*, Crítica, 1988.

Touri, Kaarlo, “Ética discursiva y legitimidad del derecho”, En Revista *Doxa* Nro. 5, 1988.

Ungar, Elizabeth "La Reforma al Congreso: ¿realidad o utopía?" En John Dugas, *La Constitución del 91: ¿un Pacto Político Viable?*, Bogotá, 1993.

Ureña, E, *La teoría crítica de la sociedad de Habermas: la crisis de la sociedad individual*, Tecnos, 1997.

Uribe, María Teresa. «Las promesas incumplidas de la democracia participativa», en *Diez años de la Constitución colombiana. Seminario de Evaluación*, Bogotá: UNAL, ILSA, 2001.

----- “Las representaciones colectivas sobre la sociedad civil en Colombia” . *Sociedad Civil, Control Social y Democracia Participativa*. Bogotá: Fescol, 1997.

Vallespin, Fernando, «Habermas en doce mil palabras», en *Claves de razón práctica*, nº 114 julio/agosto de 2001.

----- “ Teoría del discurso y acción comunicativa en Jürgen Habermas”, en Ramón Maíz (Comp.) *Teorías políticas contemporáneas*, Tirant lo Blanch, 2001.

----- *El Futuro de la Política*, Taurus. 2000

-----“¿Reconciliación a través del derecho?”. En J. A Gimbernat, (ed.) *La Filosofía Moral y Política de Jürgen Habermas*, Biblioteca Nueva, 1997.

Vatter, M, "La democracia, entre representación y participación", en Antonio Porras (ed.), *El debate sobre la crisis de la representación política*, Tecnos, 1996.

Varcácel, A *El concepto de igualdad*, Edi. Pablo Iglesias, 1994.

Vargas-Machuca, Ramón, "Justicia y democracia", en Ramón Maíz (ed.), *Teoría política: Moral, poder, democracia*, Alianza, 2003.

Velasco, A. Juan Carlos, *La teoría discursiva del derecho*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, BOE, Madrid, 2000.

----- "Los Contextos del Patriotismo Constitucional", Revista *Claves de razón práctica*, Nro. 125, 2002.

Walzer, M. "La idea de Sociedad Civil. Una vía de reconstrucción social", en *La Democracia en sus Textos*, Alianza, Madrid, 1998.

----- *Moralidad en el ámbito local e internacional*, Alianza, 1996.

----- *Las esferas de la justicia*, FCE, México, 1993.

Waldron, J, *Law and disagreement*, Oxford University Press, 1999.

Weber, M, *El político y el científico*, Alianza, 1967.

Wellmer, A, *Finales de partida. La modernidad irreconciliable. Cátedra*. 1996.

----- *Ética y diálogo*, Anthropos, 1994.

----- "Verdad, apariencia, reconciliación. La salvación estética de la modernidad según Adorno", en *Sobre la dialéctica de modernidad y*



*posmodernidad. La crítica de la razón después de Adorno.* Visor, 1993.

----- “Razón, utopía, y la dialéctica de la ilustración”, en *Habermas y la modernidad*, Cátedra, 1980.

Zagrebelsky, G. *El derecho dúctil*, Trotta, 1995.